

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

BÁRBARA VALÉRIO MACHADO

**UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO NO ÂMBITO FAMILIAR E
SUCESSÓRIO: O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NA
MATÉRIA**

FLORIANÓPOLIS

2017

BÁRBARA VALÉRIO MACHADO

**UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO NO ÂMBITO FAMILIAR E
SUCESSÓRIO: O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NA
MATÉRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. MSc. Renata Raupp Gomes.

FLORIANÓPOLIS

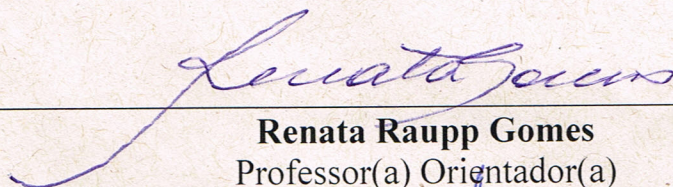
2017

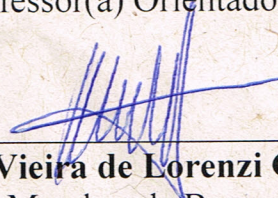
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

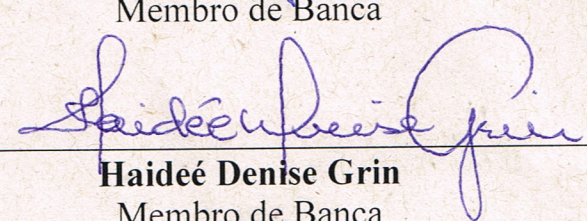
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**União Estável e Casamento ensejam os mesmos direitos e obrigações no âmbito familiar e sucessório? O julgamento do recurso extraordinário número 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal e suas possíveis repercussões na matéria.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Bárbara Valério Machado**, defendido em **29/06/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10.0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de Junho de 2017


Renata Raupp Gomes
Professor(a) Orientador(a)


Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier
Membro de Banca


Haideé Denise Grin
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Bárbara Valério Machado**

RG:

CPF:

Matrícula: **12203790**

Título do TCC: **União Estável e Casamento ensejam os mesmos direitos e obrigações no âmbito familiar e sucessório? O julgamento do recurso extraordinário número 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal e suas possíveis repercussões na matéria.**

Orientador(a): **Renata Raupp Gomes**

Eu, **Bárbara Valério Machado**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 29 de Junho de 2017

Bárbara V. Machado

Bárbara Valério Machado

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus e a todos os seres de luz que me acompanham todos os dias.

À toda minha família, especialmente à minha mãe e melhor amiga, Sueli Valério, por tudo que abdicou para poder me ver concretizando essa conquista. À minha avó Erna Rodolfo por ser segunda mãe e dedicar tantos anos de carinho em prol da minha criação. À minha madrinha Sandra Regina por ser também uma segunda mãe, investindo todo seu amor e preocupação a mim, desde o meu nascimento. Ao meu pai, Sérgio Machado e a meu irmão Emanuel Inácio Machado, por me inspirarem a buscar as boas energias do universo.

Ao meu namorado, melhor amigo e parceiro, Alexandre Thiesen Becsi, pelos ensinamentos diários e por toda a paciência concedida ao longo do curso e ao longo da confecção deste Trabalho.

Às melhores pessoas que eu poderia ter encontrado dentro do curso de direito: “as dez amigas que não brigam”. Bárbara, Beatriz, Camila, Desiree, Elisa, Kariny, Taená, Thayse e Renata, obrigada por terem feito minhas manhãs mais felizes, minhas tardes no EMAJ maravilhosas e a minha vida mais completa. Tenho muita sorte em ter encontrado pessoas tão especiais, que acabaram por construir uma amizade tão linda.

Às minhas primeiras referências de amizade, que fazem parte de mim e ajudaram a construir meu caráter: Karlanny, Maíra, Mayara e Roberta.

Ao Gabinete da Vara de Sucessões e Registros Públicos, especialmente à Dr^a Haidée Denise Grin, à Fernanda Galliza, à Laila Francisconi e à Franciele Pereira. Obrigada por todos os ensinamentos jurídicos, por toda a confiança em mim depositada e, especialmente, pela amizade construída.

Por fim, à grande professora Renata Raupp Gomes, pela orientação e pela inspiração concedida para a confecção deste trabalho e por despertar em mim a identificação com o direito sucessório e de família.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e/ou da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

MACHADO, Bárbara Valério. **UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO NO ÂMBITO FAMILIAR E SUCESSÓRIO: O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NA MATÉRIA.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo realizar uma análise das possíveis e futuras implicações do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal em determinados temas atinentes à união estável. Tal decisão se mostra de grande importância para a comunidade jurídica por romper com um grande retrocesso trazido pelo Código Civil de 2002: a desequiparação do direito sucessório de cônjuges e companheiros. Assim, direitos que já eram reconhecidos pela jurisprudência e pelas leis anteriores ao Código Civil foram deturpados pela entrada em vigor do famigerado art. 1.790. Demonstra-se, assim, por diversos meios, que o dispositivo mencionado tratava os conviventes de forma discriminatória, em desacordo com a Constituição Federal de 1988. A Carta Maior, em seu art. 226, §3º, reconhece e concede especial proteção às entidades familiares formadas pela união estável. Tal proteção, aliada com os princípios e garantias constitucionais, embasaram as críticas ao art. 1.790 do Código Civil de 2002 e o reconhecimento, pelo STF, da necessidade de serem iguallados os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros. Entretanto, alguns temas importantes e polêmicos acerca dos direitos dos conviventes não foram elucidados pelo referido julgamento, como a questão do companheiro como herdeiro necessário; o direito real de habitação aplicado ao companheiro; a aplicação do art. 1.830 do CC/2002 para cônjuges e companheiros e a questão da outorga convivencial. Buscou-se, assim, apresentar e discutir tais tópicos, apontando possíveis soluções para os casos apresentados, soluções essas pautadas nos argumentos da própria decisão do Supremo e numa perspectiva constitucionalizada do direito civil.

Palavras-chave: Família. Casamento. União estável. Sucessões. Inconstitucionalidade. Igualdade. Implicações.

ABSTRACT

MACHADO, Bárbara Valério. **STABLE UNION AND MARRIAGE IN FAMILY AND SUCCESSORY LAW: THE JUDGMENT OF EXTRAORDINARY APPEAL Nº 878.694 BY THE SUPREME FEDERAL COURT AND ITS POSSIBLE REPERCUSSIONS IN MATTER.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017.

The purpose of this work is to analyze the possible and future implications of the judgment of Extraordinary Appeal nº 878.694 by the Federal Supreme Court on certain issues related to the stable union. This decision proves to be of great importance to the legal community for breaking with a setback brought by the Civil Code of 2002: the inequality of the succession law of spouses and fellows. Thus, rights that were already recognized by the jurisprudence and the laws prior to the Civil Code were distorted by the entry of the infamous article 1790. It is shown, therefore, by various means, that the mentioned device treated the fellows in a discriminatory manner, in disagreement with the Federal Constitution of 1988. The Federal Constitution, in its article 226, §3, recognizes and gives special protection to family entities formed by the stable union. Such protection, coupled with the principles and constitutional guarantees, supported the criticisms of article 1.790 of the Civil Code of 2002 and the recognition, by the Federal Supreme Court, of the need to be equal to the succession regimes of spouses and fellows. However, some important and controversial issues about the rights of fellows have not been elucidated by the judgment, such as the issue of the fellow as the necessary heir; the real right of housing applied to the fellow; the application of article 1.830 of the Civil Code of 2002 for spouses and fellows and the issue of fellow authorization. It was therefore sought to present and discuss such topics, pointing out possible solutions to the cases, solutions based on the arguments of the Supreme Court decision and in a constitutionalised perspective of civil law.

Key Words: Family. Marriage. Stable union. Successions. Unconstitutionality. Equality. Implications.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL: EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL OU INSTITUTOS DISTINTOS?.....	11
1.1 TENTATIVA CONCEITUAL DO TERMO FAMÍLIA	12
1.1.1 O casamento civil: visão geral	16
1.1.2 A união estável: visão geral.....	22
1.2 EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL OU INSTITUTOS DISTINTOS?	26
2 ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG	32
2.1 A SUCESSÃO <i>CAUSA MORTIS</i> NO CASAMENTO	33
2.2 A SUCESSÃO <i>CAUSA MORTIS</i> NA UNIÃO ESTÁVEL	36
2.3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	41
2.4 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	47
3 POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES DO JULGAMENTO DO RE 878.654 PELO STF NO DIREITO SUCESSÓRIO E DE FAMÍLIA	52
3.1 O COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO	52
3.2. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO APLICADO AO COMPANHEIRO	58
3.3 O ART. 1.830 DO CC/2002 E SUA APLICABILIDADE PARA CÔNJUGES E COMPANHEIROS SOBREVIVENTES	63
3.4 A OUTORGA CONVIVENCIAL, O §3º DO ART. 73 DO NOVO CPC E A QUESTÃO DA PUBLICIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL	66
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar os impactos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG em temas determinados e polêmicos relacionados com a união estável: a questão do companheiro como herdeiro necessário; o direito real de habitação conferido ao companheiro; a aplicabilidade do art. 1.830 do Código Civil de 2002 para cônjuges e companheiros e, por fim, a questão da outorga convivencial.

A escolha desses quatro determinados assuntos se deu por suas importâncias práticas no âmbito do direito sucessório e de família e por serem alguns dos temas mais controversos e discutidos pela doutrina, tanto antes, quanto após o início do julgamento do RE nº 878.694/MG pelo Supremo Tribunal Federal.

O elo que conecta cada um dos temas discutidos no último capítulo desta monografia relaciona-se com a omissão da lei acerca da aplicabilidade de diversos direitos que são assegurados ao cônjuge, mas não são expressamente ao companheiro. Assim, busca-se constatar se a decisão do STF que igualou os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, através da declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, tem o condão de influenciar nas questões supracitadas, concedendo uma interpretação mais favorável para aqueles que vivem sob o instituto da união estável.

Apresentado o objetivo principal, para alcançá-lo, realizou-se, no primeiro capítulo, uma abordagem ao conceito de família atual. Transformações históricas e sociais, como a Revolução Industrial e a inserção da mulher no mercado de trabalho, foram cruciais para uma mudança estrutural da família. Seus membros diminuíram e passaram a se tratar de forma diferente, trazendo à tona um dos mais importantes princípios do direito de família: a afetividade.

A partir de então, as pessoas, unidas pelo afeto, associaram-se e começaram a formar novas entidades familiares, diferentes do casamento, até então visto como a única união familiar passível de aceitação. Famílias formadas somente por mãe e filhos ou irmã e irmão foram ganhando espaço e, com a instituição da Constituição Federal de 1988 passaram a ser protegidas pelo Estado e pela lei.

Analisando a proteção concedida pela Constituição às entidades familiares e aprofundando-se, especificamente, no estudo dos aspectos gerais dos institutos da união

estável e do casamento civil, será discutido se a Carta Maior teve a intenção de propor alguma hierarquização entre tais institutos ou se pretendeu igualá-los constitucionalmente.

Após, adentrando no tema do direito sucessório, no segundo capítulo será apresentado um panorama geral sobre os direitos sucessórios no casamento e na união estável, segundo o Código Civil de 2002. Quanto à união estável, será demonstrado também como se dava o tratamento sucessório dos companheiros sobreviventes anteriormente ao advento do atual Código Civil, objetivando, assim, demonstrar o retrocesso trazido pela legislação de 2002.

Tal retrocesso, entretanto, não transcorreu imune. Assim, serão expostas, ainda no segundo capítulo, as críticas ao art. 1.790 do CC/2002, originadas tanto da doutrina, quanto da jurisprudência. Isso porque o caráter discriminatório do dispositivo que tratava sobre os direitos sucessórios dos companheiros era tamanho que acabava por situar o convivente no último lugar da concorrência sucessória, rendendo a manifestação da grande maioria dos Tribunais Estaduais brasileiros sobre o tema.

Contudo, a situação dos companheiros não era segura. Ora um Tribunal manifestava-se pela inconstitucionalidade no art. 1790 do CC/2002 por um todo, ora somente de seu inciso III e ora decidia-se pela ausência de qualquer inconstitucionalidade. Nesse viés, fazia-se indispensável a manifestação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, finalizado em 10 de maio de 2017, promoveu um enorme avanço em matéria de direito sucessório e, especialmente, no âmbito dos direitos sucessórios dos companheiros, que se viram, por muitos anos, preteridos pela legislação civil e vinculados a entendimentos jurisprudenciais mutáveis.

A importância do referido julgamento, que entendeu ser inconstitucional o art. 1.790 do CC/2002, decidindo pela aplicação do art. 1.829 do CC/2002, que trata da sucessão dos cônjuges, também para os companheiros, é inquestionável. Porém, tal decisão não adentrou na discussão sobre temas relevantes concernentes à união estável.

Como será demonstrado, o Código Civil de 2002 foi omissivo em diversos dispositivos quando se trata do instituto da união estável e, especialmente, quando se trata dos direitos sucessórios concedidos aos companheiros. A manifestação do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não foi capaz de suprir todas essas omissões, remanescendo as discussões acerca dos temas. Ao menos, tais debates poderão ser realizados com maior embasamento e segurança jurídica, emergindo-se, daí, o propósito da presente monografia, cujas discussões serão propostas no terceiro e último capítulo.

Para alcançar o objetivo almejado utilizar-se-á na presente pesquisa o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL: EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL OU INSTITUTOS DISTINTOS?

O instituto da união estável, embora um dos arranjos familiares mais antigos da humanidade, há pouco obteve tratamento legal e reconhecimento constitucional na legislação brasileira. Os motivos pelos quais isso aconteceu são inúmeros, mas estão pautados principalmente no modelo de família patriarcal historicamente perpetuado e refletido nos Códigos.

Já o casamento civil durante muito tempo foi considerado como a única maneira idônea de constituição de família. Com a histórica proteção do matrimônio pela sociedade, o legislador não poderia conduzir-se de maneira diversa.

Assim, os direitos e deveres dos cônjuges foram alinhavados pelo legislador muito anteriormente aos dos companheiros, conferindo ao instituto do casamento civil maior segurança jurídica e um protecionismo legal que o levou a modelo de entidade familiar.

Entretanto, essa “monopolização legal” não poderia perdurar tanto tempo. Isso porque os arranjos familiares distintos do matrimônio sempre existiram e passaram a exigir cada vez mais espaço e aceitação da sociedade. Nesse contexto, a Constituição Federal da República de 1988, em seu art. 226, §§3^o¹ e 4^o², reconheceu expressa, mas não taxativamente, mais dois modelos familiares, além do casamento civil: a família advinda da união estável e a família monoparental.

Porém, apesar do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar protegida pelo Estado, os direitos dos companheiros, especialmente no que diz respeito ao tema desta Monografia – direito sucessório como um todo, não encontram simetria perfeita com o casamento na legislação infraconstitucional, que ainda demonstra certo preconceito pelo formato familiar da união estável.

Cumprido discutir, a partir de então, o conceito de família e as complexidades que o permeiam, adentrando no estudo de apenas duas das inúmeras formas de entidades familiares: a união estável e o casamento civil. Analisar-se-á, ainda, se o legislador teve a intenção de igualar tais modelos familiares constitucionalmente protegidos e qual a repercussão do

¹ Art. 226, §3º da CRFB de 1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

² Art. 226, §4º da CRFB de 1988: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

julgamento do STF acerca do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

1.1 TENTATIVA CONCEITUAL DO TERMO FAMÍLIA

Difícil é a conceituação da palavra família. Família é afeto? Família é consanguinidade? Família restringe-se a pai, mãe e filho; pai, pai e filho; mãe, mãe e filho; mãe e filho; irmão e irmã? Um termo que carrega tanto significado como esse dificilmente pode ser resumido ou exaustivamente conceituado.

Existem três acepções fundamentais da palavra família, juridicamente falando: a amplíssima; a *lata* e a restrita. No sentido amplíssimo, considera-se família todos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, incluindo “estranhos”, como no caso do art. 1.412, §2º³ do Código Civil de 2002, que abarca “pessoas de seu serviço doméstico” no âmbito familiar. A acepção *lata* contempla, além dos cônjuges ou companheiros e seus filhos, os parentes em linha reta ou colateral, bem como os afins. Já a significação restrita de família considera apenas o conjunto de pessoas unidas pelo matrimônio e a prole; e contempla como entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável e seus filhos ou aquela formada por um dos pais e os descendentes, a chamada entidade monoparental⁴.

Vislumbra-se, assim, que “a família” pode ser estudada sob diferentes ângulos. Como se uma lupa fosse afastada e aproximada, pode-se constatar a existência de inúmeras reuniões familiares, desde a grande família formada, inclusive, por pessoas que auxiliam e fazem parte do dia-a-dia familiar, como babás ou empregadas domésticas; até a pequena família constituída apenas por pai e filho, por exemplo.

Maria Helena Diniz defende que são três as espécies de família tendo por base a fonte do casamento, da união estável e da adoção, justificando sua ideia nos parágrafos 3º e 4º do art. 226 da Constituição Federal e conclui:

³ Art. 1.412, § 2º, do Código Civil de 2002: “As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.”.

⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-24.

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano⁵.

De fato, o artigo 226 da Constituição Federal positiva a proteção da família pelo Estado, sendo que seus parágrafos consideram como família a comunidade formada pelo casamento e como entidade familiar a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – a entidade monoparental.

Entretanto, deve-se considerar uma ampliação do conceito de família, para além daquilo especificamente positivado na Constituição. Isso porque, especialmente no ramo do direito de família, impõe-se o reconhecimento da eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais, admitindo a aplicação das normas constitucionais que protegem as pessoas do Estado nas relações entre particulares⁶. Portanto, direitos fundamentais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana devem ser observados quando se fala em reconhecimento de novos arranjos familiares.

Desse modo, adotando uma perspectiva constitucionalizada do direito de família, tem-se que além de ter origem nos institutos expressamente previstos na Constituição (no casamento, na união estável ou na entidade monoparental), a família revela-se de outras infinitas formas não tratadas especificamente na Carta Constitucional, o que leva a considerar que o rol constante no art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo. Esse também é o posicionamento de Flávio Tartuce, que leciona:

Justamente diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um suposto rol taxativo (*numerus clausus*), como aquele constante do Texto Maior. Em outras palavras, o rol constante do art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*)⁷.

Essa tendência de ampliação do conceito de família vem sendo demonstrada pelas situações cotidianas que exigem uma resposta do direito, como o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pela jurisprudência brasileira.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27

⁶ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 5.

⁷ *Ibid.*, p. 39.

Há de citar também a decisão do STJ⁸ que reconheceu um imóvel onde residiam duas irmãs como bem de família, considerando-as formadoras de uma entidade familiar, mesmo tal caso não estando positivado no texto constitucional⁹.

Denota-se, portanto, que o conceito de família se demonstra muito mais complexo do que a simples união entre os laços do matrimônio, companheirismo ou filiação. A família real nasce de um dos mais importantes princípios do direito de família: o afeto. E é nessas novas categorias de família que se pode ver esse princípio como um conector entre as pessoas no âmbito familiar¹⁰.

Sobre o afeto ser um dos pilares caracterizadores do novo conceito de família, disciplina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Entre elas agiganta-se a afetividade, que ganhou foro de princípio jurídico na expressão e retrato da família como ela é nos dias atuais. Ao se falar em afeto, já não se o entende como antes, quer dizer, ao tempo da família patriarcal e hierarquizada, quando então significava apenas um sentimento fragilizado e até mesmo tido como secundário, nas relações de família. Hoje, o afeto – considerado como valor jurídico – promoveu a família de um status patriarcal para um status nuclear¹¹.

A professora acrescenta ao conceito central de família, além da afetividade, o seu caráter eudemonista. Ou seja, família seria uma união de membros conexos por laços de afetividade, que buscam a felicidade mútua dentro dessa entidade¹².

Surge, aqui, um grande pilar caracterizador da família. O sentimento passa a reger as entidades e a conservar a manutenção dos vínculos familiares, não mais preservados pelo patriarcalismo e pela consanguinidade, e sim pelo afeto e solidariedade entre os membros.

Outra grande defensora dos múltiplos formatos familiares formados pela afetividade é Maria Berenice Dias. Ela defende que a família se modifica e se renova a todo o momento, e

⁸ STJ, 4ª Turma, REsp 57.606/MG, Relator Min. Fontes de Alencar, data de julgamento: 11/04/1995.

⁹ Cf. Ibid., p. 39.

¹⁰ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 40.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67983/70840>>. Acesso em 04.04.2017.

¹² Cf. Ibid.

que, por esse motivo, os Códigos não conseguem acompanhar a complexidade dessas mudanças, estando a família acima do Estado e do direito¹³.

Para explicar a multiplicidade de arranjos familiares e as complexidades que os permeiam é importante realizar uma análise histórica da família e do papel de seus integrantes. Retornando ao século XVIII, percebia-se que os vínculos familiares eram baseados no matrimônio e no incentivo à procriação e os membros familiares eram considerados forças de trabalho, que auxiliavam a manutenção familiar. Era uma entidade familiar hierarquizada e patriarcal¹⁴.

Entretanto, com a revolução industrial e a necessidade de ampliação de mão de obra, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, passando a modificar a estrutura familiar até então sedimentada. Foi se extinguindo, assim, o caráter produtivo e reprodutivo da família¹⁵.

A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa¹⁶.

Denota-se, portanto, que a família se modificou ao longo do tempo. Diminuíram seus integrantes; a mulher passou a ter uma importância central, revelando-se como nova chefe da família; os membros da entidade familiar passaram a se conectar mais profundamente; uniões diferentes daquelas constituídas apenas por homem e mulher passaram a exigir seu espaço e igualdade de direitos. Alteraram-se os pilares caracterizadores da família.

Utilizando-se desses novos métodos de caracterização da família busca-se defender a aceitação e inclusão de novas comunidades por muito tempo estigmatizadas e excluídas daquilo que se considerava como família.

Assim, para compreender o sentido de família atual, deve-se construir e aplicar uma nova cultura jurídica que estabeleça como meta a proteção de todas as entidades familiares,

¹³ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

¹⁴ Cf. Ibid., p. 30

¹⁵ Cf. Ibid., p. 30.

¹⁶ Ibid., p. 30.

estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações e valorizando o principal pilar que sustenta toda a entidade: o afeto¹⁷.

Vislumbra-se, desse modo, que não há um consenso sobre o conceito do termo família. Isso porque as velhas concepções ligadas à consanguinidade e ao matrimônio não mais podem incluir todos os arranjos familiares que se formam progressivamente. Nem mesmo a Constituição de 1988 ao tentar inovar e incluir novas entidades conseguiu exaurir todas as hipóteses de uniões familiares.

As relações humanas mostram-se cada vez mais complexas, sendo incabível e pretensioso tentar conceituar um instituto tão mutável e particular como a família. Muito além de apresentar um conceito, pode-se sugerir que a família busca, pura e simplesmente, o “atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.”¹⁸.

1.1.1 O casamento civil: visão geral

Como visto, a palavra família pode significar incontáveis arranjos de pessoas unidas por laços consanguíneos ou afetivos, com objetivos comuns. Incluído nesses arranjos está o modelo de “família” mais antigo e protegido historicamente: o casamento.

Para Maria Helena Diniz “O casamento é, tecnicamente, o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”¹⁹.

Já Flávio Tartuce, adotando uma perspectiva mais atualizada, conceitua casamento como “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto.”²⁰. Além de incluir a afetividade como pilar do conceito de família, o autor supera o requisito da

¹⁷ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

¹⁸ Ibid., p. 34.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 47.

diversidade de sexos para a formalização do matrimônio, apresentando uma significação amparada nos princípios constitucionais.

Salienta-se que a ausência de alteração legislativa no âmbito da união homoafetiva não deve ser considerada como um obstáculo à regularização de tais arranjos familiares. Conforme já explanado, a evolução das relações interpessoais é muito mais veloz comparada às alterações legislativas, devendo a doutrina e a jurisprudência adequar a norma ao fato²¹.

Seguindo a mesma linha de pensamento, a doutrinadora Maria Berenice Dias defende o casamento homossexual como uma das modalidades de matrimônio, justificando que não há qualquer impedimento legal ou constitucional para a regulamentação de tal união²². Isso porque os obstáculos impostos ao casamento homoafetivo tinham origem, na grande maioria das vezes, em questões de ordem moral.

No Brasil, o casamento apareceu pela primeira vez na legislação na Constituição de 1890 e sua proteção seguiu acompanhada com a proteção ao casamento religioso, como nas Constituições de 1934, de 1946 e 1969²³. Assim, o casamento desde sempre esteve ligado com a religiosidade, refletindo a sociedade conservadora e patriarcal da época e sendo considerado como a única forma de convívio familiar aceitável.

De união indissolúvel o casamento passou pelo desquite, pela separação e pelo divórcio. A tentativa de manutenção dessa forma de família era tamanha que se exigia a identificação de um culpado pelo rompimento e a ele eram impostas penalidades. Entretanto, com uma nova realidade, vislumbraram-se novos caminhos de construções familiares. A Constituição de 1988 reconheceu novas entidades familiares, tirando o casamento do pedestal onde estava preso.

Superando a perspectiva histórica, parte-se para uma análise sólida do instituto do matrimônio. Quais são suas principais características e quais são seus principais efeitos?

Quanto aos efeitos do matrimônio, além da especial proteção do Estado, disciplinada pela Constituição Federal, a família formada pelo casamento tem eficácia *erga omne*, ou seja, esse ato formal valerá tanto para os cônjuges, quanto se imporá perante toda a sociedade²⁴. Os

²¹ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 49.

²² Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 150.

²³ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19.

²⁴ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166.

casados, então, assumirão a condição de consortes e responsáveis pelos encargos da família, nos termos do art. 1.565²⁵ do CC/2002. Os nubentes poderão, ainda, adotar o sobrenome do outro, conforme disposição do art. 1.565, §1º²⁶ do CC/2002.

Os principais efeitos jurídicos do casamento também podem ser divididos em três classes: social, pessoal e patrimonial²⁷. Na classe social, o principal efeito jurídico do casamento seria a criação da família matrimonial propriamente dita, a qual terá proteção do Estado. Além disso, forma-se o vínculo conjugal (entre os cônjuges) e o vínculo de parentesco por afinidade, que liga os cônjuges aos seus parentes respectivos²⁸. O casamento também conduz à emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o capaz civilmente (art. 5º, §único, II do CC/2002).

Quanto aos efeitos pessoais, surgem os direitos e deveres dos cônjuges, enumerados exemplificadamente no art. 1.566 do CC/2002: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Maria Berenice Dias, sobre os direitos e deveres dos cônjuges, leciona que:

Ainda que sejam impostos direitos e deveres aos cônjuges (CC 1.566), não há qualquer impedimento de que, via pacto antenupcial, os noivos deliberem da forma que desejarem o modo que vão levar suas vidas. Impositivo respeitar o princípio da autonomia da vontade. Eles só não podem incluir cláusulas que afrontem disposição absoluta de lei (CC 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC 426) e sobre alimentos (CC 1.707). No mais, tudo pode ser convencionado, até o estabelecimento de regras de convívio²⁹.

Ainda quanto aos efeitos pessoais, tem-se a inclusão da igualdade de direitos e obrigações entre marido e mulher³⁰, que, adaptando ao conceito inicial de casamento adotado por essa monografia, traduzir-se-ia na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges,

²⁵ Art. 1.565 do Código Civil de 2002: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”.

²⁶ Art. 1.565, §1º do Código Civil de 2002: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.”.

²⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

²⁸ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

²⁹ Ibid., p. 168.

³⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

independente do sexo. Tal efeito busca acabar com a ideia de que o homem seria o “chefe” da casa, colocando ambos os cônjuges numa posição de igualdade dentro do matrimônio.

Outro efeito pessoal são os direitos e deveres dos pais para com os filhos, traduzido na incumbência dos consortes em promover a subsistência material e emocional dos filhos³¹. Acrescenta-se, aqui, que tal zelo para com os filhos deve se dar independentemente da consanguinidade, ou seja, aplica-se tanto para os filhos consanguíneos, como para os filhos adotivos ou socioafetivos.

No que diz respeito aos efeitos jurídicos patrimoniais, esses estão essencialmente ligados ao regime matrimonial de bens escolhido pelo casal. Quando uma família se forma não há só comunhão de vidas, mas há comunhão de patrimônio. Assim, surge a necessidade de regulamentação de questões referentes aos bens e às rendas do casal³². Por esse motivo, a lei, além de regulamentar como se inicia e como se finaliza a vida conjugal, dispõe também sobre os aspectos econômicos e patrimoniais que vigoram durante a união e refletem-se no seu fim.

Assim, os efeitos jurídicos patrimoniais do casamento dependerão do regime matrimonial adotado, através do pacto antenupcial, que também revelará como se dará a administração da sociedade conjugal.

A preservação do patrimônio familiar pode ser considerada como um dos efeitos patrimoniais do casamento³³. Dependendo do regime de bens escolhido, a lei, mais precisamente o Código Civil, estabelecerá limites a um dos consortes para praticar certos atos de ordem patrimonial, exigindo a outorga do outro.

O direito sucessório do cônjuge sobrevivente também surge como efeito do matrimônio³⁴. A lei inclui o cônjuge supérstite como herdeiro necessário do *de cujus*, e disciplina como ele concorrerá com os outros parentes, conforme a ordem sucessória, dependendo do regime de bens do casamento. Por se tratar de assunto primordial para a discussão do tema central desta monografia, a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente será tratada, com mais detalhamento, em tópico próprio.

³¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

³² Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 297-298.

³³ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 228.

³⁴ Cf. Ibid., p. 251.

Percorrendo sobre o conceito e os principais efeitos do casamento, importante é citar tema muito importante quando se fala em tal instituto: os impedimentos matrimoniais.

O impedimento matrimonial é a impossibilidade de alguém casar com determinada pessoa, não podendo ser confundido com incapacidade para o casamento, que seria a inaptidão genérica para a união matrimonial perante qualquer pessoa³⁵.

As causas de impedimento estão descritas no art. 1.521 do CC/2002³⁶, determinando que não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Verifica-se que os impedimentos podem ser referentes ao grau de parentesco (I a V) ou de ordem moral (VII). Maria Helena Diniz, ao introduzir o tema dos impedimentos salienta que: “o objetivo do nosso legislador foi evitar uniões que afetem a prole, a ordem moral ou pública, por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou aos interesses de terceiros, tal a influência que exerce o matrimônio nas relações familiares e em toda esfera social.”³⁷.

Por fim, cumpre discutir sobre o fim do matrimônio. Marco memorável no direito de família e que rompeu com a concepção de indissolubilidade do casamento, historicamente perpetuada, foi a Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao §6º³⁸ do art. 226 da CF/88, instituindo o divórcio direto e extinguindo, para grande parcela da doutrina³⁹, a figura da separação judicial⁴⁰.

³⁵ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 156.

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10.04.2017.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

³⁸ Art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”.

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 208.

⁴⁰ Cabe ressaltar que, além de tal posicionamento não se mostrar unânime na doutrina, uma recente decisão do STJ, divulgada em 22/03/2017, entendeu, em sede de julgamento de Recurso Especial, que a EC 66/2010 não pôs fim à figura da separação judicial, mas apenas facilitou aos cônjuges o exercício

Assim, as atuais formas de término da sociedade conjugal são: a morte de um dos cônjuges; a nulidade/anulação do casamento e o divórcio. Maria Berenice Dias sustenta que a alteração trazida pela supracitada emenda extinguiu a separação, sendo derogados, automaticamente, todos os artigos infraconstitucionais pertinentes ao tema⁴¹.

Apesar de esse entendimento não ser unânime na doutrina, é constitucionalmente justificado, através da aplicação dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Ora, se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena ele comprometer-lhe a existência digna. É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem ter que inventar motivos. Desse modo, o direito ele buscar o divórcio está amparado no princípio da dignidade humana, nada justificando a resistência do Estado, que impunha prazos e exigia a identificação de causas para pôr fim ao casamento⁴².

Não é diferente o entendimento de Flávio Tartuce, que disciplina que a alteração constitucional tem aplicação imediata, agindo como norma autoexecutável e lecionando que “não há a necessidade de qualquer ponte infraconstitucional para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a força normativa da Constituição.”⁴³.

Portanto, denota-se o longo caminho percorrido para que os avanços no campo do direito matrimonial fossem atingidos. De uma sociedade centrada na união civil e religiosa entre homem e mulher, passou-se a admitir a união entre pessoas do mesmo sexo e a dissolução dessa união sem que um dos cônjuges saísse como culpado e sem que decorressem prazos absurdos.

Desse modo, o instituto do casamento foi perdendo sua supremacia legal, abrindo portas para outras formas de constituição de família, como a união estável.

pleno de sua autonomia privada, remanescendo no direito brasileiro a separação como uma modalidade de extinção da sociedade conjugal.

⁴¹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

⁴² Ibid., p. 205.

⁴³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 206.

1.1.2 A união estável: visão geral

A união estável, apesar de seu passado estigmatizado, é uma das formas de união mais antigas da humanidade. No passado, a união entre pessoas, que não fosse através do casamento, era chamada de concubinato, termo que carrega um preconceito histórico.

O Código Civil de 2002 não trouxe um conceito de união estável. Hodiernamente, sabe-se que a união estável nasce de uma situação de fato, de uma simples convivência mais duradoura. Assim, demonstra acerto o legislador de 2002, já que eventual definição do instituto pelo Código poderia refletir no seu engessamento⁴⁴.

Nos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo, a união estável é uma união considerada “livre”:

É uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio. Está-se diante do que se convencionou denominar união estável, ou união livre, ou estado de casado, ou concubinato, expressões que envolvem a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializada nas relações entre o homem e a mulher⁴⁵.

Quanto ao requisito da diversidade de sexos para a caracterização da união estável, sustentado por alguns autores, como Maria Helena Diniz⁴⁶, discorda-se de tal ideia pelos mesmos argumentos utilizados no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, explanados em tópico anterior. Assim, não há impedimento legal para que a união estável homoafetiva exista. O que havia eram julgamentos morais e preconceitos enraizados.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, através da interpretação constitucional, decidiu que a união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo também é considerada entidade familiar, submetendo-se às mesmas regras das uniões heteroafetivas⁴⁷.

⁴⁴ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 815.

⁴⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 407.

⁴⁷ Cf. SILVA, Regina Beatriz da (Org.). **Código Civil comentado**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1696

Historicamente, a união estável não estava disciplinada no Código Civil de 1916, muito pelo contrário, a referida legislação tinha aversão a qualquer outra forma de união familiar senão o matrimônio⁴⁸.

A primeira norma que tratou do companheirismo, que ainda tem aplicabilidade prática, foi o Decreto-lei 7.036/1944, que concedeu à companheira o direito de indenização em casos de acidentes de trabalho ocorridos com o companheiro⁴⁹.

Antes de uma regulamentação legal completa, os direitos dos companheiros eram decididos e começaram a se delinear através da jurisprudência, como a Súmula 380 de 1964, do Supremo Tribunal Federal⁵⁰, que disciplinava: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Também se passou a conferir à companheira, jurisprudencialmente, indenização por “serviços domésticos” prestados. Para Maria Berenice Dias tal indenização se tratava de uma espécie de concessão de alimentos camuflada⁵¹.

Após, a jurisprudência passou a entender que na relação que hoje se conhece como união estável, existia uma espécie de sociedade de fato, na qual os companheiros eram os “sócios” e fazia-se a divisão dos proventos dessa sociedade. Nessa divisão, entretanto, era indispensável a demonstração da contribuição financeira de cada companheiro na constituição do patrimônio, com a justificativa de que, se não fosse desse modo, poderia haver enriquecimento sem causa por uma das partes⁵².

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 reconheceu, em seu art. 226, §3º, a união estável como entidade familiar protegida pelo Estado. Porém, no mundo real nem tudo foi um mar de rosas, sendo que as demandas referentes à união estável permaneceram no âmbito do direito das obrigações, não ocorrendo efetivos avanços e inclusão dessa nova entidade no campo do direito de família⁵³.

⁴⁸ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 238.

⁴⁹ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 324.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 10/04/2017.

⁵¹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 238.

⁵² Cf. Ibid., p. 239.

⁵³ Cf. Ibid., p. 237.

Assim, houve a necessidade de regulamentação do novo instituto através de leis infraconstitucionais. A primeira foi a Lei 8.971/1994⁵⁴, que regulamentou que para a configuração da união estável seria necessário um prazo de convivência de cinco anos ou existência de prole comum. Também foi garantido ao companheiro o direito de pleitear alimentos e de ser reconhecido como herdeiro. Quanto à questão sucessória, a Lei dispôs que, não havendo descendentes e ascendentes, o companheiro teria direito à totalidade da herança, conforme art. 2º, III⁵⁵ do referido diploma. Da mesma forma, também foi reconhecido o direito à meação dos bens adquiridos através da colaboração do companheiro.

Já a Lei 9.278/1996⁵⁶ trouxe maiores avanços para o instituto, retirando o requisito do tempo de convivência para a configuração da união e admitindo sua aplicação para pessoas separadas de fato. Reconheceu também o direito real de habitação para os companheiros e trouxe a presunção de que os bens adquiridos na constância da união eram frutos de esforço comum em condomínio igualitário.

Atualmente, a matéria relativa à união estável está disciplinada no Código Civil de 2002. Além dos dispositivos próprios que dispõem sobre as regras gerais do instituto, aplicam-se também a tal entidade, as disposições relativas aos alimentos e alguns artigos que trazem direitos aos cônjuges que não alcançam os companheiros, como no direito sucessório, discussão que será lançada na presente monografia.

Quanto aos efeitos da união estável, esses também podem ser divididos em pessoais e patrimoniais. Entre os efeitos pessoais, encontram-se os deveres decorrentes da união estável, impostos aos companheiros pelo art. 1.724 do CC/2002: o dever de lealdade; o dever de respeito ao companheiro; o dever de mútua assistência moral, afetiva, patrimonial e espiritual; o dever de guarda, sustento e educação dos filhos⁵⁷.

Já em relação aos efeitos patrimoniais, surge a figura do contrato de convivência. Se no casamento o pacto antenupcial é o instrumento pelo qual os cônjuges escolhem o regime

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em 11/04/2017.

⁵⁵ Art 2º, III, da Lei 8.971 de 1994: “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em 11/04/2017.

⁵⁷ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 363.

de bens, no caso da união estável, esse instrumento é o contrato de convivência. A lei dispõe que caso os cônjuges e companheiros silenciem-se, há a incidência do regime da comunhão parcial de bens. Tal contrato também tem a função de reconhecer a existência de uma união estável a partir de determinada data, entretanto, nada impede que se prove que a união já existia antes do período mencionado no contrato⁵⁸.

No que concerne aos reflexos da união estável no estado civil, importante salientar que, ao contrário do casamento, a união estável não possui um marco identificando seu início. Entretanto, não é por isso que tal união deixa de produzir consequências jurídicas desde a sua origem. Assim, parte da doutrina defende que a partir do momento em que uma entidade familiar cria consequências jurídicas, cria-se um novo estado civil.

Porém, a união estável não é definida como um estado civil e isso traz muita insegurança aos conviventes e a terceiros que desconhecem a existência da relação. Isso porque os companheiros declaram-se como solteiros, viúvos ou divorciados quando efetivamente vivem em uma união, dividindo seu patrimônio. Por esse motivo, autores como Maria Berenice Dias defendem a modificação do estado civil quando da efetivação da união estável⁵⁹.

Quanto aos impedimentos matrimoniais, tema trazido em tópico anterior, a lei disciplina que se aplicam igualmente aos companheiros, conforme disposição do art. 1.723, §1º⁶⁰ do CC/2002. Entretanto, ao contrário do casamento, no qual pode haver recusa do Estado em sua celebração nos casos de impedimento; na união estável é diferente: ela simplesmente ocorre. Assim, caso advenha uma união incestuosa entre pai e filha, não pode o Estado simplesmente ignorá-la por uma concepção moral, sob pena de violação de diversos direitos, como a prestação de alimentos, a sucessão, a divisão patrimonial, entre outros. Nesses casos, pode-se vislumbrar o reconhecimento da existência de uma união estável putativa, nos mesmos termos do casamento putativo⁶¹.

⁵⁸ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 364

⁵⁹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 246-247.

⁶⁰ Art 1.723, §2º do Código Civil de 2002: "A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente."

⁶¹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 248-250.

Tem-se, assim, uma visão geral sobre a evolução da união estável e sobre suas principais características e peculiaridades. Percebe-se uma verdadeira evolução do instituto, que passou a ser uma forma de entidade familiar escolhida por seus participantes. Nascida de uma situação de fato, passou a constituir-se como opção para aqueles que não querem se submeter às regras do casamento.

Todavia, o passado da instituição a condena a um presente de constantes batalhas. Questiona-se se as diferenças entre o casamento e a união estável ensejam um tratamento diferenciado para o seus participantes e qual seria o limite desse tratamento diferenciado, afinal, ambas entidades não são protegidas igualmente pela Constituição?

1.2 EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL OU INSTITUTOS DISTINTOS?

Com uma breve apresentação das questões gerais acerca do casamento civil e da união estável, percebeu-se que os institutos diferenciam-se em diversos aspectos, como na forma de constituição e dissolução; porém, assemelham-se em outros, como no seu objetivo comum de constituição familiar e no surgimento de direitos e deveres tanto para os cônjuges, quanto para companheiros.

Entretanto, não se pode negar que a maior semelhança entre os institutos é que ambos são considerados formatos de arranjos familiares que podem ser escolhidos por seus participantes, conectados afetivamente, independentemente de seus sexos.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 foi enfática em submeter a união estável e o casamento à proteção do Estado, conforme já consignado. Sobre o tema, dispõe José Afonso da Silva:

A família é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também, a união estável entre homem e mulher, cumprindo a lei facilitar sua conversão em casamento (cf. Lei 9.278, de 10.05.96)⁶².

⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 865.

Assim, estando ambos os institutos sob a guarida do Estado, cumpre discutir se o tratamento diferenciado conferido aos casados e aos conviventes tem fundamento e até onde essa diferenciação é autorizada pela Constituição.

Conforme observado por suas características gerais, não se pode dizer que casamento e união estável são o mesmo instituto. Flávio Tartuce segue tal entendimento, e comentando o §3º do art. 226 da CF/88, que dispõe que a Lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento⁶³, disserta:

Diante do que consta do texto constitucional, sempre estivemos filiados ao entendimento segundo o qual a união estável não é igual ao casamento, uma vez que institutos iguais não se convertem um no outro. Justamente por isso é que havia um tratamento diferenciado em algumas questões, como em matéria de direito sucessório⁶⁴.

Como se vê, o campo do direito sucessório é onde as discussões sobre a viabilidade constitucional do tratamento diferenciado conferido aos cônjuges e aos companheiros mais se acirram, já que a legislação infraconstitucional deixa clara a sua preferência pelo instituto do matrimônio.

Entretanto, qualquer hierarquização entre formatos familiares revelar-se-ia totalmente inconstitucional. Isso porque a proteção conferida à família pela Constituição, de forma geral, e não limitada ao casamento, frisa-se, tem origem em um dos fundamentos da República: na dignidade da pessoa humana⁶⁵.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁶⁶. Assim, todos os âmbitos do Estado devem trabalhar para fornecer à pessoa seu desenvolvimento pessoal, uma existência digna e uma justiça social⁶⁷.

Desse modo, como poderia a Constituição autorizar um tratamento diferenciado a um tipo de família em detrimento de outra, já que ambas possuem o mesmo fim: o desenvolvimento pessoal de seus participantes?

⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 11/04/2017.

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 244.

⁶⁵ Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 140.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107.

⁶⁷ Cf. Ibid., p. 107.

Heloisa Helena Barboza concorda que nada na Constituição autoriza uma hierarquização dos formatos familiares, pois tal ato originaria a criação de “famílias de segunda classe”, o que vai de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁸.

Desse modo, não havendo hierarquização, não há autorização para as legislações ordinárias estabelecerem discriminações entre as formas familiares. A citada autora defende que, tratando-se de relações patrimoniais, diferenças são admitidas no plano interno da entidade familiar, ou seja, no exercício da autonomia, e desde que não haja ofensa à lei ou aos princípios constitucionais. Porém, quando se fala no plano externo da entidade, a recíproca não é verdadeira. Isso porque a diversidade de tratamento entre os membros de diferentes formatos familiares, mesmo que em matéria patrimonial, acaba atingindo a esfera de proteção à pessoa. Assim, defende-se que todos que exercem o mesmo papel nas famílias devem receber igual tratamento⁶⁹.

Interpretando o §3º do art. 226 da CF/88 à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que o constituinte não positivou que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento por preferência ao segundo. O objetivo de tal norma foi possibilitar a facilitação do casamento para aqueles que desejassem celebrá-lo. No mais, deve-se ter em mente que o casamento gera maior segurança jurídica para o Estado e para as partes, já que não há dúvidas, por exemplo, quanto ao seu termo inicial. Por esse motivo, a lei prevê algumas regras que facilitam a celebração do matrimônio, como a explanada no §3º do art. 226 da Constituição Federal⁷⁰.

Maria Berenice Dias também entende que a Constituição de 1988 não propôs uma desigualdade entre os formatos familiares:

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares - as mais frequentes -, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade. Ao criar a categoria de entidade familiar, a

⁶⁸ Cf. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 323.

⁶⁹ Cf. *Ibid.*, p. 323.

⁷⁰ Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141.

Constituição acabou por reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade. No dizer de Silva na Maria Carbonera, o afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território⁷¹.

Percebe-se pelos ensinamentos da doutrinadora a existência de outro princípio que desautoriza qualquer hierarquização entre os diferentes formatos familiares: a afetividade.

Apesar da ausência de previsão expressa do referido princípio na legislação, sua aplicabilidade diária, através da interpretação de normas, costumes, doutrina e jurisprudência, transformaram-no em verdadeiro princípio do direito de família⁷².

Importante ressaltar que a afetividade, ou seja, esse vínculo emocional que conecta as pessoas dentro de uma entidade, não se diferencia conceitualmente quando observada em uma família formada pelo casamento de uma família formada pelo companheirismo. Assim, sendo tal princípio elemento constitutivo do conceito de família, não há como sustentar um protagonismo ou uma maior proteção ao instituto do matrimônio em detrimento às demais formas de comunidades familiares, já que o afeto, o sentimento, o amor, não se diferenciam.

Portanto, denota-se uma tendência de equalização dos formatos familiares, pautada em princípios como o da dignidade da pessoa humana e da afetividade. O Novo Código de Processo Civil teve essa iniciativa, inovando ao incluir o companheiro em posição de igualdade ao cônjuge em diversas situações⁷³.

O art. 144 do novo CPC⁷⁴ é um exemplo disso. Ele ampliou as hipóteses de impedimentos do juiz para os casos em que, no processo, for parte ou estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou *companheiro*, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. Denota-se que o legislador incluiu o impedimento do juiz em julgar

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 239-240.

⁷² Cf. TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 12/04/2017.

⁷³ Cf. TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material**: primeira parte. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 12/04/2017.

⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso: em 10.04.2017.

causas em que atue como advogado seu companheiro, sendo que o antigo CPC somente fazia alusão ao cônjuge.

No âmbito da suspeição, semelhante inclusão foi feita, dispondo o legislador que é suspeito o juiz quando uma das partes no processo for credora ou devedora de seu cônjuge ou *companheiro*.

O companheiro também foi incluído, ao lado do cônjuge, na hipótese do art. 244, II do CPC/2015, que disciplina que a citação não será feita, salvo para evitar perecimento do direito de cônjuge, *de companheiro* ou de qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim em linha reta ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete seguintes.

Em matéria de inventário também houve alteração, reconhecendo-se a legitimidade do companheiro para a abertura do inventário e para ser nomeado inventariante.

Outra grande inovação trazida pelo Novo CPC foi a necessidade da outorga convivencial para as ações reais imobiliárias, determinada pelo §3º do art. 73 do referido diploma, sem qualquer correspondente no Código anterior, que somente exigia a outorga daqueles que viviam sob as regras do casamento civil⁷⁵.

Nota-se o avanço intencional da nova legislação processual que, ao incluir a figura do companheiro ao lado do cônjuge nos dispositivos supracitados, almejou diminuir o abismo existente entre os direitos do cônjuge e do companheiro, colocando-os, ao menos no âmbito processual, em pé de igualdade.

Concluindo, resta notório que os institutos da união estável e do casamento são diferentes e que podem ter um regramento distinto. Contudo, esse regramento não pode ser discriminatório. Não pode oferecer vantagem a um membro de uma entidade familiar formada pelo matrimônio em detrimento de um membro de uma família formada pelo companheirismo. Isso porque todos os formatos familiares estão protegidos igualmente pela Constituição, cabendo às pessoas a escolha da união que lhe aprouver, independentemente de amarras legais.

⁷⁵ Cf. TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material:** primeira parte. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 12/04/2017.

Assim, apesar de distintos materialmente, a união estável e o casamento equiparam-se constitucionalmente no quesito proteção. Ambas as instituições estão protegidas e necessitam da guarida do Estado, que não deve quedar-se omissa frente a eventuais discriminações contidas na legislação.

O tratamento sucessório do companheiro na união estável é um dos exemplos de discriminação de entidade familiar encontrado na legislação. O convivente se via, por muitas vezes, totalmente desamparado pela lei pelo simples fato de ter escolhido a união estável como forma de constituição familiar.

Dessa forma, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, muitos autores já criticavam o famigerado art. 1.790 do Código Civil, apontando seu viés inconstitucional. Houve a necessidade da judicialização da questão, com o pronunciamento da grande maioria dos Tribunais brasileiros e, por fim, com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que pôs fim ao dilema.

2 ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG

Conforme examinado, interpretando a Constituição e seus princípios, não se pode sustentar uma hierarquização entre formatos familiares. Nem mesmo os formatos que não foram citados na Carta Constitucional, em rol exemplificativo, podem ser tratados de forma discriminatória pelos juristas e, especialmente, pelos legisladores.

Assim, cumpre analisar como se dá a sucessão *causa mortis* dos cônjuges e dos companheiros segundo o Código Civil de 2002 e introduzir como se iniciaram as discussões acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790, até o julgamento do RE nº 878.694 de MG pelo Supremo Tribunal Federal.

Porém, para iniciar tal discussão, imprescindível é a apresentação de alguns conceitos gerais no âmbito do direito sucessório.

Sabe-se que o pressuposto essencial da sucessão *causa mortis* é a morte. Quando ela ocorre, os direitos e obrigações, assim como o patrimônio do falecido – que formam a herança – são transmitidos para outra(s) pessoa(s), seus herdeiros⁷⁶. Os herdeiros legítimos são aqueles que a lei determinou que o fossem (art. 1.829 do CC/2002); já os herdeiros necessários são aqueles cuja presença é obrigatória na sucessão (art. 1.845 do CC/2002); e, por fim, os sucessores instituídos por testamento são aqueles a quem o autor da herança deixa uma fração de seus bens ou bens determinados (art. 1.857 do CC/2002)⁷⁷.

Aberta a sucessão, o patrimônio, os direitos e as obrigações do falecido transmitem-se automaticamente para seus herdeiros. Essa automaticidade tem origem no chamado princípio de *saísine*, que determina que a transferência dos bens deve se dar desde logo para que não seja interrompida a cadeia dominial e para que os bens não fiquem sem donos⁷⁸.

⁷⁶ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

⁷⁷ Cf. Ibid., p. 99.

⁷⁸ Cf. Ibid., p. 103.

Portanto, para que haja a abertura da sucessão, devem estar presentes, ao menos: herdeiros legítimos ou testamentários no momento da morte; e patrimônio a ser transferido, não podendo ser constituído somente de dívidas⁷⁹.

Entretanto, o direito das sucessões não se limita à pura transferência de bens do *de cuius* para seus sucessores. Ele busca garantir o cuidado e o amparo à família, prezando por sua continuidade, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade⁸⁰.

Por sua importância ser muito superior a simples questões patrimoniais, o direito à herança é garantido como um direito fundamental pelo art. 5º, XXX da CF/88, devendo ser alcançado por todos isonomicamente. Busca-se, portanto, analisar no presente capítulo como se dá a sucessão do cônjuge e do companheiro segundo o Código Civil de 2002, abordando as críticas ao famigerado art. 1.790 do Código Civil de 2002 e o julgamento do RE nº 878.694 pelo STF.

2.1 A SUCESSÃO CAUSA MORTIS NO CASAMENTO

A sucessão legítima, ou seja, aquela que decorre da lei, está positivada em alguns artigos do Código Civil de 2002. No que se refere ao direito sucessório dos cônjuges, o artigo 1.829 tem a função de apresentar como se dá a divisão da herança de pessoas que vivem sob as regras do matrimônio.

O atual Código passou a considerar o cônjuge como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes (art. 1.845). Segundo o diploma legal (art. 1.846), aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que constitui a legítima.

Sobre a legítima, ensina Zeno Veloso:

No direito brasileiro, se a pessoa tem herdeiros necessários – descendentes, ascendentes, cônjuge (CC, art. 1.845) –, só pode dispor da metade de seus bens (art. 1.789), chamada metade disponível, pois a outra metade representa a legítima, parte reservatória, indisponível, que pertence, de pleno direito, a esses herdeiros necessários, também chamados forçados, legitimários, obrigatórios, reservatórios (art. 1.846), e que apenas nos casos de indignidade (art. 1.814) ou de deserdação (art. 1.961) podem ser afastados da

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

⁸⁰ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 04.

sucessão; e perdem a qualidade de herdeiros se renunciarem a herança (art. 1.806)⁸¹.

Ressalta-se que no Código Civil de 1916 o cônjuge era considerado herdeiro legítimo, mas não necessário, sendo que para excluí-lo da sucessão bastava que o *de cujus* dispusesse de todo o seu patrimônio sem contemplar o consorte⁸².

Além de herdeiro necessário, o legislador de 2002 concedeu ao cônjuge posição privilegiada na sucessão. Isso porque, conforme a ordem sucessória prevista no art. 1.829 do referido regramento, o cônjuge se faz presente na primeira classe de herdeiros legítimos, concorrendo com os descendentes; na segunda, concorrendo com os ascendentes; e na terceira, sucedendo sozinho.

Porém, para que o cônjuge seja considerado herdeiro, é necessário que não esteja separado judicialmente, ou separado de fato há mais de dois anos do *de cujus*, nos termos do art. 1.830 do Código Civil de 2002. Maria Berenice Dias defende a ideia de que a separação de fato retira do cônjuge o direito à herança, não fazendo sentido o cônjuge sobrevivente herdar mesmo separado de fato ou judicialmente do falecido, pois isso seria perpetuar os efeitos do casamento para além de seu fim. A doutrinadora defende também a inaplicabilidade da imposição de culpa, ante a extinção da separação pela EC 66/2010⁸³.

Importante ressaltar a diferença entre a herança recebida pelo cônjuge e a meação. A meação é a metade dos bens comuns que pertence ao cônjuge sobrevivente, não integrando a herança. Sua existência e extensão dependerão do regime de bens escolhido pelo casal. No regime da separação de bens, o cônjuge não possui meação, pois não existem bens comuns. Já no regime da comunhão universal de bens, todos os bens são comuns, correspondendo a meação à metade de todo o acervo. No caso do regime de comunhão parcial de bens, a meação incide sobre o patrimônio adquirido durante a união. A meação no regime de participação final nos aquestos é calculada sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento⁸⁴.

⁸¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 26.

⁸² Cf. Ibid., p. 29.

⁸³ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

⁸⁴ Cf. Ibid., p. 137.

No caso da separação obrigatória de bens, apesar de a lei negar o direito à meação, há entendimento diverso, de acordo com a súmula 377 do STF, que reconheceu que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, já que o regime se trata de uma imposição legal⁸⁵.

Sabe-se, então, que a meação se difere da herança. Entretanto, quando da morte de seu consorte, o cônjuge sobrevivente, além de ter a sua meação assegurada (em alguns casos), também tem direito à herança, concorrendo com os demais parentes do *de cujus*, nos termos do art. 1.829 do CC/2002, conforme se passará a expor.

O primeiro inciso do referido artigo traz a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes. Nesse caso, tal concorrência dependerá do regime de bens que estão vinculados o autor da herança e o cônjuge sobrevivente. Caso o regime seja o da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente não herdará, já que terá direito à meação sobre todo o patrimônio. A lei também disciplina que não herdará o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação obrigatória de bens, atentando-se para a aplicação da súmula 377 do STF para eventual pleito de meação do cônjuge sobrevivente.

Caso o regime seja o da comunhão parcial de bens, apesar de existirem controvérsias doutrinárias, o entendimento majoritário é que o cônjuge sobrevivente participará da herança somente quanto aos bens particulares, a *contrario sensu* do que dispõe o inciso I do art. 1.829 do CC/2002, recebendo somente a meação dos bens adquiridos durante as núpcias⁸⁶.

Ainda interpretando a *contrario sensu* o disposto no supracitado regramento, conclui-se que haverá concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes nos regimes da separação convencional de bens e da participação final nos aquestos.

Quanto à divisão dos quinhões, disciplinada no art. 1.832 do CC/2002, tem-se que caso o consorte seja ascendente dos herdeiros com quem concorre, deve ser reservada para ele a quota mínima de um quarto da herança. Caso o cônjuge sobrevivente não seja ascendente dos demais herdeiros, a herança deverá ser dividida igualmente.

Na falta de descendentes, são chamados a herdar os ascendentes, conhecidos como herdeiros de segunda classe, sucedendo também em concorrência com o cônjuge sobrevivente, nos termos do inciso II do art. 1.829 do CC/2002.

⁸⁵ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁸⁶ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 404-406.

Nesse caso, independentemente do regime de bens escolhido para o casamento, o cônjuge sobrevivente participará da sucessão. A divisão quantitativa se dará em respeito ao art. 1.837 do CC/2002, sendo que caso o consorte concorra com os dois ascendentes de primeiro grau do *de cujus*, terá direito a um terço da herança. Caso o cônjuge concorra com apenas um ascendente de primeiro grau ou outros ascendentes de graus diversos, tocar-lhe-á metade da herança.

Não havendo descendentes e ascendentes, a sucessão se dará integralmente ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento. Ensina Flávio Tartuce que “sendo herdeiro de *terceira classe*, o cônjuge exclui totalmente os colaterais, que são herdeiros de *quarta classe*, não havendo concorrência com os últimos em hipótese alguma.”⁸⁷.

Assim, os parentes colaterais somente são chamados a suceder na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge, podendo ser excluídos da sucessão caso o autor da herança disponha de seus bens em testamento, já que não são considerados herdeiros necessários.

Além dos direitos decorrentes do regime de bens escolhido pelo casal, que origina a meação, e do direito à herança, ao consorte sobrevivente é assegurado o direito real de habitação. Ou seja, o direito de continuar na posse do bem que servia de moradia ao casal e à família, independentemente do regime de bens que estavam vinculados, conforme disposição do art. 1.831 do CC/2002. Tal direito autoriza o uso do bem somente para fins residenciais, não sendo autorizada sua utilização para outras finalidades, como locação ou retirada de frutos⁸⁸.

Importante frisar que o direito real de habitação somente é concedido ao cônjuge caso estejam presentes os requisitos do art. 1.830 do CC/2002, ou seja, somente se o casal não estava separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos do termo da morte.

2.2 A SUCESSÃO CAUSA MORTIS NA UNIÃO ESTÁVEL

A sucessão *causa mortis* do companheiro é um dos temas mais polêmicos e discutidos do direito sucessório. Inúmeros Tribunais por todo o país já adentraram na discussão do porquê de o legislador do Código de 2002 ter adotado entendimentos tão diversos para a

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 220.

⁸⁸ Cf. *Ibid.*, p. 222.

sucessão do companheiro e do cônjuge. Tantas foram as demandas que o imbróglio necessitou ser discutido no Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694.

Historicamente, a primeira lei que normatizou a sucessão do companheiro após a Constituição de 1988 foi a Lei 8.971 de 1994⁸⁹, que trouxe em seu art. 2º como se daria a participação do convivente na sucessão do *de cujus*. A lei dispunha que caso o autor da herança deixasse filhos, unilaterais ou comuns, caberia ao companheiro sobrevivente o direito ao usufruto de um quarto de seus bens, enquanto não constituísse nova união. Não havendo descendentes, mas sobrevivendo ascendentes, o companheiro teria direito ao usufruto de metade dos bens deixados, também enquanto não constituísse nova união. Em última hipótese, o inciso III dispunha que, na falta de descendentes e ascendentes, o convivente teria direito à totalidade da herança.

O art. 3º da referida Lei também disciplinava que quando os bens deixados pelo *de cujus* fossem resultado de atividade desempenhada pelo casal, teria o companheiro sobrevivente direito à metade dos bens. Vislumbra-se, aqui, uma hipótese de legalização da meação do companheiro sobrevivente.

Posteriormente, a Lei 9.278 de 1996 apresentou nova regulamentação do direito à meação do companheiro em seu art. 5º, dispondo que os bens móveis e imóveis adquiridos pelo casal na constância da união seriam considerados frutos do trabalho comum, devendo permanecer em condomínio, salvo estipulação em contrário. Mais adiante, no parágrafo único do art. 7º, a lei disciplinou o direito real de habitação, concedendo ao companheiro o direito de viver no imóvel destinado à residência da família enquanto não constituir nova união estável ou relação matrimonial.

Para Álvaro Villaça Azevedo, idealizador do supramencionado regramento, não houve a revogação da Lei nº 8.971/94, havendo, na época, uma aplicação concomitante das normas. Assim, a doutrina majoritária entendia que o companheiro sobrevivente poderia cumular o usufruto e a propriedade plena, estabelecidos na Lei 8.971/94 e o direito real de habitação, estabelecido na Lei 9.278/96⁹⁰.

Na época, vigorava o Código Civil de 1916 que não fazia previsão da sucessão do companheiro, mas fazia do cônjuge, nas mesmas hipóteses positivadas nas leis 8.971/94 e

⁸⁹ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 244.

⁹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 245.

9.278/96. Ou seja, antes do advento do Código Civil de 2002, cônjuges e companheiros participavam da sucessão de seus parceiros nas mesmas condições e em pé de igualdade. A única diferença encontrada era que o consorte sobrevivente não poderia cumular o direito ao usufruto e o direito real de habitação, ao contrário do que se entendia para os companheiros⁹¹.

Atualmente, é o Código Civil de 2002 que rege a sucessão do companheiro, em seu art. 1.790, que trouxe verdadeiros retrocessos para o instituto da união estável. Ao contrário do que é previsto para o cônjuge, o companheiro é inserido no quarto grau da ordem sucessória, atrás dos parentes colaterais do autor da herança.

O *caput* do artigo determina que os companheiros participarão da sucessão de seu parceiro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Em regra, além de herdarem, também possuem o direito à meação em relação a tais bens, já que o regime legal da união estável, quando não há contrato de convivência estipulando o contrário, é o da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC/2002).

Assim, depreende-se que o monte apartado para a sucessão do companheiro é menor, em regra geral, em relação ao do cônjuge, não incluindo bens que foram adquiridos pelo autor da herança antes do início da união ou gratuitamente durante a união. Cumpre salientar que a lei não exige que os bens se comuniquem; ou seja, havendo cláusula de incomunicabilidade, não há impedimento ao direito à sucessão, somente ao direito à meação⁹².

Quando à concorrência sucessória, estabelece o art. 1.790, inciso I do CC/2002 que quando o companheiro concorre com os filhos comuns, dividem-se igualitariamente os bens adquiridos na constância do enlace, entretanto, ao contrário do que acontece com o cônjuge, a lei não prevê uma reserva de bens mínima em favor do companheiro.

Apesar de o texto legislativo do referido inciso mencionar “filhos comuns”, a doutrina entende que se tratou de falta de técnica legislativa, devendo ser considerado “descendentes comuns”, conforme o Enunciado 266, aprovado na III Jornada de Direito Civil propõe: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro

⁹¹ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 160.

⁹² Cf. NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões: comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 181.

sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”⁹³.

O inciso II do art. 1.790 traz a hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes só do autor da herança, cabendo ao primeiro metade do que couber a cada um dos descendentes, não havendo hipótese correspondente na sucessão do cônjuge.

Já o inciso III aborda a concorrência do companheiro com outros parentes suscetíveis (ascendentes ou colaterais), cabendo ao convivente um terço da herança. Assim, não deixando o autor da herança descendentes, mas deixando ascendentes, esses quedarão com dois terços da herança, enquanto o companheiro sobrevivente ficará com um terço. Caso o *de cujus* tenha deixado somente um ascendente, sua mãe, por exemplo, essa herdará dois terços dos bens adquiridos na constância da união e o companheiro herdará um terço.

Na legislação que tratava do direito sucessório do convivente antes do Código Civil de 2002 (Lei 8.971/94) viu-se que quando o falecido não tivesse deixado descendentes e ascendentes, o companheiro herdava toda a herança, excluindo totalmente os colaterais. Eis que deflagrando um total retrocesso, o novo Código Civil incluiu a concorrência do companheiro com o colateral, concedendo ao primeiro um terço da herança e ao segundo dois terços dela.

No mais, é importante lembrar que, segundo o caput do art. 1.790, o companheiro somente participa da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos na constância da união. Ou seja, na hipótese do inciso III do referido artigo, havendo parentes colaterais, esses quedariam com dois terços, relativamente ao monte divisível com o companheiro sobrevivente, e com a totalidade dos bens particulares.

Essa “involução” do direito sucessório do companheiro e desconsideração de todos os avanços que a família não matrimonializada havia alcançado até então causaram muita polêmica e indignação na doutrina, já que estava consolidado que na ausência de parentes em linha reta do falecido, o companheiro seria o único herdeiro, afastando os colaterais⁹⁴.

Não se encontraram motivos para justificar tamanho retrocesso, e, mesmo se fossem encontrados, eles não poderiam estar alinhados com a Constituição Federal. Zeno Veloso, ao tratar do assunto, expressa aversão à mudança trazida pelo Código Civil:

⁹³ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 174.

⁹⁴ Cf. Ibid., p. 179.

Nada pode justificar, ninguém consegue explicar esse recuo, essa involução ocorrida no Código Civil vigente, fazendo o companheiro concorrer com colaterais até o 4º grau do de cujus, e em situação francamente inferior à destes, o que, não se pode deixar de dizer, é uma solução anacrônica, antiliberal, além de atrasada e regressista⁹⁵.

Somente na ausência de parentes suscetíveis, portanto, não havendo o *de cujus* deixado descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau, o companheiro terá direito à totalidade da herança. Entretanto, não há consenso pelo o que se entende ser a totalidade da herança. Seria somente a parte adquirida na constância da união estável, conforme disciplina o *caput* do art. 1.790, ou todo o patrimônio do falecido, inclusive os bens particulares? Na primeira hipótese, não havendo bens comuns, o companheiro sobrevivente ficaria afastado e toda a herança iria para o Município, nos termos do art. 1.844 do CC/2002⁹⁶.

Porém, alguns doutrinadores, como Zeno Veloso, interpretam o dispositivo de uma forma mais benéfica ao companheiro, entendendo que a totalidade dos bens do falecido, comuns ou não, ficaria para o convivente sobrevivente por força do disposto no art. 1.844⁹⁷, primeira parte, do CC/2002, que, sendo norma especial (relativa à herança vacante) sobrepõe-se sobre norma geral relativa à sucessão do companheiro (art. 1.790, IV do CC/2002)⁹⁸.

Exaurindo o direito sucessório concorrencial dos conviventes, outras diferenças são encontradas em relação ao cônjuge no ordenamento civil de 2002. Não há previsão expressa ao direito real de habitação em favor do companheiro em tal legislação. Contudo, conforme já mencionado, a Lei 9.278/1996 tratava do citado direito em seu art. 7º, parágrafo único.

Assim, abrem-se duas correntes, que serão mais profundamente estudadas no capítulo posterior: os que entendem que o companheiro não teria o direito real de habitação por ausência de norma regulamentadora; e os que defendem a existência do direito diante da

⁹⁵ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 180.

⁹⁶ Cf. SILVA, Regina Beatriz da (Org.). **Código Civil comentado**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1771.

⁹⁷ Art. 1.844 do Código Civil de 2002: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

⁹⁸ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 185.

proteção constitucional da moradia e por acreditarem que não houve a revogação expressa do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996⁹⁹.

Outra diferença identificada no regramento é a ausência do companheiro do rol constante no art. 1.829, ou seja, do rol dos herdeiros legítimos, assim como do rol dos herdeiros necessários (art. 1.845). Assim, verifica-se que o legislador considerou o companheiro um herdeiro facultativo, que pode, teoricamente, ser excluído da sucessão pela simples disposição de seus bens em testamento¹⁰⁰.

Vislumbra-se, portanto, que o Código Civil de 2002, propositalmente ou não, trouxe à tona questões que já estavam sedimentadas e rompeu com evoluções legislativas e jurisprudenciais no âmbito do direito sucessório do companheiro.

Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a atuar veementemente objetivando evitar frequentes injustiças sofridas por aqueles que escolheram ou simplesmente passaram a viver sob o manto da união estável.

2.3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

As discussões acerca da (in) constitucionalidade do direito sucessório do companheiro encontram sua origem na Constituição Federal de 1988. Isso porque, com o seu advento, uma nova ordem foi instaurada, retirando o Código Civil do centro que regia todas as relações entre os particulares.

Na época tramitava, desde 1967, o anteprojeto de um novo Código Civil, que procurava manter, de maneira geral, muitas das disposições do Código Civil de 1916. Porém, a chegada da Carta Constitucional fez com que fossem apresentadas inúmeras emendas ao projeto¹⁰¹. Assim, o foco da proteção civil foi alterado: da preocupação obsessiva com o patrimônio, passou-se a almejar a proteção da pessoa humana, indo ao encontro com os

⁹⁹ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 274.

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 418.

¹⁰¹ Cf. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 46.

parâmetros constitucionais pré-estabelecidos.¹⁰² Enfim, em 11 de janeiro de 2002 foi publicada a Lei 10.406, que instituiu o novo Código Civil brasileiro.

Entretanto, apesar da evolução da Codificação em alguns aspectos, inúmeras críticas foram lançadas desde a sua publicação, especialmente sobre a falta de discussão na comunidade jurídica e sobre a ausência de preocupação dos legisladores com temas contemporâneos, que não encontraram amparo na nova legislação. Assim, assuntos como inseminação artificial, união entre pessoas do mesmo sexo e utilização do DNA no direito de família ficaram de fora da codificação, refletindo a percepção falha do legislador sobre o contexto histórico e cultural que vivia e vive o Brasil¹⁰³.

Portanto, o Código, que teve sua elaboração iniciada no auge da ditadura militar, viu-se centrado em antigas crenças e paradigmas superados, trazendo pouca modificação em alguns campos do direito civil, como o direito das sucessões, apesar de inúmeros avanços já terem sido reconhecidos em sede jurisprudencial¹⁰⁴.

Porém, a insuficiente evolução da legislação de 2002 veio ser combatida pela crescente tendência de constitucionalização do direito civil, a qual propõe uma aplicação das normas de direito privado de acordo com os princípios constitucionais, permitindo, dessa maneira, maior abertura e flexibilização dos institutos civis. Assim, retirou-se o Código Civil do centro do direito privado, impondo limites a sua aplicação e renovando seus conceitos.

Importantíssima é a lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald quando pensamos no porquê de a sucessão do companheiro, positivada no Código Civil de 2002, ter sido tão criticada e considerada avessa aos ensinamentos constitucionais:

Importante salientar que, ao contrário do que afirma parcela respeitada da doutrina, a constitucionalização do direito civil não implica (simplesmente) estabelecer limites externos à atividade privada. Não se trata apenas disso. É muito mais. A Constituição Federal de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado intermanete, em seu conteúdo¹⁰⁵.

Nesse sentido, conforme já defendido nesta monografia, o fenômeno da constitucionalização do direito civil trouxe a necessidade de aplicação dos direitos

¹⁰² Cf. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 48.

¹⁰³ Cf. *Ibid.*, p. 47.

¹⁰⁴ Cf. *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 67.

fundamentais às relações estritamente privadas, o que foi reconhecido como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁰⁶.

Assim, princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade passaram a ser utilizados na interpretação dos institutos do direito civil, havendo modificações e evoluções de conceitos em diversos âmbitos, inclusive no direito de família. Nesse contexto, reconheceram-se novas entidades familiares, como a união homoafetiva e as famílias multiparentais.

Denota-se, então, que o direito civil brasileiro atual não se limita a codificação de 2002, sendo amparado por uma série de microssistemas jurídicos e alimentado e interpretado pela Constituição de 88.

Pautadas em uma concepção do direito civil constitucional, inúmeras são as críticas ao tratamento concedido ao direito sucessório do companheiro pelo legislador do Código de 2002. Inicialmente, a própria localização do artigo 1.790 fere com a didática do direito sucessório. O referido artigo repousa no capítulo denominado “Disposições Gerais” quando deveria estar no capítulo que regula a ordem da sucessão hereditária, assim como figuram as disposições referentes ao cônjuge¹⁰⁷.

Ademais, como se viu, a lei concede o direito à herança ao companheiro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, em proporções e em classes concorrenciais muito diversas daquelas estabelecidas para o cônjuge sobrevivente.

Assim, grande parte da doutrina especializada em direito sucessório vem defendendo, há tempos, o reconhecimento da inconstitucionalidade de todo o artigo 1.790 do Código Civil. Primeiramente, ao discriminar, no *caput* do artigo, que o companheiro participará da sucessão somente quanto aos bens adquiridos na constância da união, o legislador fere o princípio da igualdade entre as famílias, que recebem a mesma proteção constitucional, como já visto, já que o cônjuge recolhe seu quinhão sucessório sobre a totalidade dos bens do *de cujus*.

¹⁰⁶ Cf. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 72-73.

¹⁰⁷ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165-166.

Não haveria, então, justificativa legal para tal diferenciação. Muito pelo contrário, há violação de princípios constitucionais, como o da isonomia, dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar¹⁰⁸.

Outra irregularidade observada no *caput* do supramencionado artigo surge quando se compara a união estável com o casamento quando ambos são regidos pelo regime da comunhão parcial de bens. Se um casal vive em união estável, adquire dois imóveis na constância da união e um deles falece, o companheiro sobrevivente terá direito a sua meação sobre os imóveis e direito sucessório sobre a parcela do falecido, conforme disposição legal.

Já quando o casal é casado sob o regime de comunhão parcial de bens e adquire o mesmo patrimônio em iguais condições, o resultado não é o mesmo. Havendo o falecimento de um deles, o cônjuge sobrevivente terá direito somente a sua meação sobre os imóveis, já que, pela interpretação do art. 1.829, I, pela doutrina e jurisprudência majoritária, o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens só participa da sucessão dos bens particulares do *de cujus*, em caso de haver descendentes¹⁰⁹.

Denota-se, assim, aparente desigualdade entre cônjuges e companheiros que vivem sob o mesmo regime. Mesmo sendo um dos casos excepcionais em que o companheiro leva vantagem quando comparado ao cônjuge, tal situação não encontra respaldo constitucional, ante a igual proteção concedida a ambos.

Quanto aos incisos do tão criticado artigo, o tópico anterior demonstrou as diferenças no âmbito concorrencial do direito sucessório entre cônjuges e companheiros, sendo alguns exemplos: quando concorre com descendentes, não há reserva de quinhão mínimo para o companheiro, como há para cônjuge; não há disposição de que o cônjuge herdará metade do que herdará o descendente somente do autor da herança, como há para o companheiro; o cônjuge afasta os parentes colaterais da sucessão, o companheiro não, quedando com somente um terço da herança.

Especialmente quanto ao último caso, é claro o retrocesso trazido pela codificação. Isso porque, como visto, já estava sedimentado o entendimento que, na ausência de parentes em linha reta do autor da herança, o companheiro sobrevivente seria o único herdeiro. Tal

¹⁰⁸Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 385

¹⁰⁹Cf. Ibid., p. 386-387.

tendência se justifica pela alteração da concepção de família, migrando da valorização dos laços consanguíneos para a valorização dos laços afetivos¹¹⁰.

Assim, parentes colaterais até o quarto grau, traduzidos como primos, tios-avós e sobrinhos-netos não fazem mais parte do conceito nuclear do termo família. Como poderia, então, a legislação civil privilegiá-los em detrimento do companheiro sobrevivente, que viveu e conviveu com o autor da herança, mantendo uma comunidade de vida, dividindo planos, casa e comida?

Maria Helena Diniz concorda que o legislador agiu desarrazoadamente ao prever a quota de um terço da herança para o companheiro e o restante para os ascendentes e muito mais quando disciplina a concorrência entre o convivente e os colaterais do falecido.

De fato, durante a vida do autor da herança, quem efetivamente encontra-se ao seu lado, apoiando-o moral e materialmente, é o companheiro! É ele que constitui uma família, uma união sólida e forte, e não os demais familiares. Não se quer dizer, aqui, que as relações com os demais familiares seja insustentável, ou penosa, mas apenas que a vida de um convivente se faz junto ao outro, pois é com ele que constitui sua própria família¹¹¹.

Apesar de experimentado que o inciso III do art. 1.790 do CC/2002 é o que mais escancara a desigualdade encontrada na legislação entre o direito à herança do cônjuge e do companheiro, denota-se que o artigo por inteiro revela-se inconstitucional por plantar diferenças e hierarquias entre formatos familiares não autorizadas pela Constituição.

Maria Berenice Dias é adepta desse entendimento e defende que o tratamento desigual entre as famílias

[...] não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional, afrontando de forma direta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem falar na desequiparação preconizada entre duas células familiares: união estável e casamento (CF 1º, III; 5º *caput*, I e XXX). No mesmo dispositivo em que assegura especial proteção à família, a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer de suas formas (CF 226 §3º). O retrocesso da lei se afasta da razoabilidade, mas a justiça vem corrigindo tais absurdos¹¹².

¹¹⁰ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179-180.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 161.

Conforme informa a renomada doutrinadora, os Tribunais tiveram que agir diante de tamanhas injustiças vividas por aqueles que escolheram o companheirismo como forma de constituição familiar. Assim, grande parte dos Tribunais, por todo o Brasil, manifestaram seus posicionamentos acerca da (in) constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002¹¹³.

Alguns Tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, defenderam a constitucionalidade da referida norma, sustentando que a Constituição não estabeleceu uma igualdade plena entre casamento e união estável, podendo haver, assim, diferentes regras para uma e para outra em nível infraconstitucional¹¹⁴.

Já outros Tribunais, como o de Sergipe¹¹⁵, decidiram pela total inconstitucionalidade do art. 1.790, por considerarem que ele afronta o princípio da igualdade e, de forma reflexa, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, aplicado, aqui, aos colaterais em detrimento ao convivente.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, seguindo a mesma tendência, decidiu pela inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do CC/2002 através do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2/0001.00, julgada em 17 de dezembro de 2014.

Tem-se que a decisão interlocutória dos autos originários reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1.790, III do CC/2002, argumentando que o referido dispositivo vai de encontro com os dizeres constitucionais previstos nos artigos 5º, XXX, 226 e 227, §6º. Os agravantes não concordaram e postularam pela constitucionalidade do dispositivo, o que foi decidido pelo Órgão Especial do TJSC.

O voto do desembargador relator João Henrique Blasi, aborda importantes lições sobre o conceito de família e a extensão da proteção do Estado às entidades familiares. O julgado demonstra a mesma tendência adotada na presente monografia de defesa aos múltiplos

¹¹³ TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no código civil e seus graves problemas:** a necessidade imediata de uma reforma legislativa. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046-O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+conjuge+e+do+companheiro+no>>. Acesso em: 18/04/2017.

¹¹⁴ TJRS, Incidente 70029390374, Relator Originário Desembargador Leo Lima (vencido), Relatora para o Acórdão Desª. Maria Isabel de Azevedo Souza, data de julgamento: 09/11/2009.

¹¹⁵ TJSE, Incidente 2010114780 SE, Relator Desª. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, data de julgamento: 30/03/2011.

formatos familiares, sem o estabelecimento de quaisquer distinções ou ordens de preferência, já que desautorizado pela Constituição.

[...] Ao que se vê, nos termos da Constituição da República, a entidade familiar, enquanto base da sociedade e recipiendária da proteção do Estado, não pode ser alvo de distinções discriminatórias em razão do modelo adotado (casamento, união estável ou arranjo monoparental). Deve, pois, em qualquer hipótese, haver igualdade de tratamento. Contudo, o preceptivo do Código Civil sob exame estabelece notório *discrímen* no dizente com a sucessão no contexto da união estável, priorizando outros parentes sucessíveis, quicá distantes do convivente falecido, em detrimento do companheiro supérstite.

Reconhece o julgado, assim, que especialmente o inciso III do art. 1.790 do CC/2002 reflete a discriminação do legislador pela entidade familiar da união estável por não proteger o companheiro sobrevivente da mesma maneira que protege o cônjuge supérstite.

O Órgão Especial decidiu, portanto, julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade por maioria de votos, com dezenove a favor e um contra, propondo um grande avanço para a jurisprudência catarinense e brasileira, de modo que trouxe uma maior segurança jurídica para os conviventes em situações semelhantes.

Entretanto a questão não estaria nem de longe pacificada. Como já exposto, a maioria dos Tribunais por todo o Brasil já se manifestaram sobre o assunto de diferentes maneiras, necessitando que um Tribunal Superior decidisse o imbróglio irrefutavelmente.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, encerrando discussões que se iniciaram logo depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, decidiu ser inconstitucional o art. 1.790 do referido regramento, rompendo com o retrocesso que tal dispositivo trouxe à legislação brasileira.

2.4 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A busca por segurança jurídica e por igualdade em matéria sucessória para aqueles vivem sob a entidade da união estável culminou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal, que se encerrou em 10 de maio de 2017, o qual trouxe um posicionamento definitivo sobre os direitos sucessórios dos companheiros.

Na origem do caso em questão, a decisão de 1º grau da 2ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, Minas Gerais, reconheceu à companheira sobrevivente o direito sobre a totalidade da herança do *de cujus*, deixando de aplicar o art. 1.790, III do CC/2002 e excluindo os colaterais da sucessão. Desse modo, depreende-se que o Juízo conferiu a união estável tratamento igual ao concedido ao casamento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por outro lado, reformou a decisão, decidindo pela constitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do CC/2002. Assim, concordou com a divisão estabelecida pela lei, que atribuíu um terço dos bens adquiridos na constância da união estável à companheira; e o restante do patrimônio aos três irmãos do autor da herança.

Irresignada, a companheira interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo, argumentando que a Constituição não propôs uma diferenciação entre as entidades familiares do casamento e da união estável, fundamentando-se nos arts. 102, III, a, 5º, I, e 226 §3º, todos da Constituição Federal.

O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral e o caráter constitucional da lide, tendo em vista os inúmeros casos semelhantes ao discutido e a importância social e jurídica da questão. Social, considerando que o direito das sucessões atua como um amparo à família em um momento muito delicado da vida; e jurídico, pois discute a proteção que o Estado deve às entidades familiares.

O julgamento iniciou-se em 31 de agosto de 2016, momento no qual sete dos onze ministros proferiram seus votos. Os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia acompanharam voto do relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, que votou pela procedência do recurso e pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do tratamento diferenciado conferido à sucessão do companheiro.

Barroso, em seu voto, aborda uma perspectiva histórica da família brasileira, desde quando a mulher, no momento em que se casava, era considerada relativamente incapaz, passando pela indissolubilidade do casamento, até o reconhecimento de múltiplas formas familiares, inclusive pela Constituição Federal. Nesse momento, a já mencionada “constitucionalização do direito civil” realizou mudanças no modo de se entender a família, conforme ensina o Ministro:

A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa

ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio.

Reconhecendo que o Estado possui a função de conferir “especial proteção” a todas as entidades familiares, Barroso, ao analisar se a Constituição autorizou eventual hierarquização entre os formatos familiares, conclui que inexistente qualquer preferência, fundamentando seu posicionamento através de quatro elementos de interpretação jurídica: o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático.

Inicialmente, pela própria literalidade do dispositivo 226 da CF/88, ou seja, analisando gramaticalmente, a referida norma não propõe qualquer diferenciação entre a proteção estatal conferida ao casamento e a conferida à união estável. Assim, não há hierarquia expressamente disposta no texto constitucional.

Pela interpretação teleológica, que procura desvendar as finalidades do art. 226, conclui o Ministro que o objetivo da norma “é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros.”. Dessa forma, o dever estatal de proteção não pode se limitar a determinados formatos familiares, devendo ser estendido a todos, já que igualmente formados por afeto e pelo desejo de comunhão de vidas.

Já a interpretação histórica revela que o espírito do Constituinte de 88 foi inclusivo, e não segregativo. Por todo o contexto da Constituição de 88, pode-se concluir que o objetivo da norma não foi criar famílias de primeira e segunda classe, mas sim de ampliar a proteção do Estado às diferentes formações familiares.

Por fim, o Ministro expõe a interpretação sistemática, que “situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas”. Assim, analisa-se o diálogo do disposto no *caput* do art. 226 da CF/88 com os demais parágrafos e com as demais normas que tratam sobre a proteção da família.

Percebeu-se, assim, que o disposto no §3º do art. 226 autoriza o legislador infraconstitucional a tratar união estável e casamento de maneiras distintas. Entretanto, segundo Barroso, “só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.”.

Assim, conclui o Ministro que o art. 1.790 é inconstitucional por estabelecer uma hierarquização não autorizada entre as entidades familiares. Isso porque

Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

Entendeu, ainda, ser inconstitucional o dispositivo por violar os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade e assentou, para fins de repercussão geral, a seguinte tese:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

O Ministro Edson Fachin, acompanhando o relator, defendeu em seu voto que “os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros.”. Concordeu também com a tese de inconstitucionalidade sugerida, a fim de estabelecer maior segurança jurídica para o direito sucessório dos companheiros.

Por outro lado, o Ministro Dias Toffoli abriu a divergência em relação ao voto do relator, defendendo a constitucionalidade do dispositivo em análise. Ressaltou que os institutos do casamento e da união estável são diferentes, o que autoriza uma distinção legal entre seus regimes jurídicos.

Toffoli entendeu que a opção do legislador em atribuir regimes sucessórios diferenciados aos cônjuges e aos companheiros foi proposital e importante para que não houvesse equiparação entre os institutos do casamento e da união estável:

Certo é que a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Defendeu o Ministro, ainda, que a diferenciação é constitucional em respeito à autonomia da vontade dos indivíduos, que devem ver cumpridos os efeitos jurídicos que a entidade familiar escolhida produz. Manifestou-se também pela aplicação do princípio *in dubio pro legislatore*, utilizado em caso de dúvida quanto à constitucionalidade ou não de uma norma adotada pelo legislador.

O entendimento de Toffoli, entretanto, mostrou-se minoritário, sendo acompanhado somente por Marco Aurélio Mello, que pediu vista dos autos e suspendeu o julgamento, e Ricardo Lewandowski.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 se deu conjuntamente com o Recurso Extraordinário nº 646.721, que tratava da sucessão na união estável entre pessoas do mesmo sexo. Já havendo equiparação entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas, foi decidido que os direitos sucessórios dos integrantes de ambas devem ser aplicados isonomicamente. Assim, a tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 foi reconhecida em ambos os recursos.

Denota-se, portanto, que o entendimento suscitado pelo Supremo Tribunal Federal trará a necessária segurança jurídica aguardada por tanto tempo pelos juristas e pela comunidade, principalmente por aqueles que vivem sob o manto da união estável.

Também merece elogios o resultado do julgamento por afastar definitivamente a ideia de hierarquização entre os formatos familiares, valorizando a afetividade comum a todos eles e por difundir a tendência de um direito civil constitucional, pautado em princípios como o da igualdade e dignidade da pessoa humana¹¹⁶.

Entretanto, cumpre ressaltar que os impasses acerca dos direitos sucessórios dos companheiros não foram exaustivamente resolvidos pelo referido julgamento. Questões como se o direito real de habitação é conferido ao companheiro, ou se o companheiro é herdeiro necessário não foram discutidas pelo Tribunal.

Assim, vislumbram-se alguns pontos que ficaram pendentes de resolução e que necessitarão de um espaço para debates. É o que propõe o terceiro capítulo desta monografia.

¹¹⁶ Cf. TARTUCE, Flávio. **A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: da necessidade urgente de** o STF encerrar o julgamento. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI249728,91041-A+inconstitucionalidade+do+art+1790+do+CC+Da+necessidade+urgente+de+o>>. Acesso em: 19/04/2017.

3 POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES DO JULGAMENTO DO RE 878.654 PELO STF NO DIREITO SUCESSÓRIO E DE FAMÍLIA

Conforme se constatou, apesar da necessária e importante decisão em sede de julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.654 pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil de 2002, muitas questões acerca dos direitos sucessórios e de família dos conviventes restaram pendentes.

Notou-se também que, muito além da concorrência sucessória externada pelo art. 1.790, inúmeros dispositivos do Código Civil de 2002 são omissos, mal posicionados e mal formulados quando se trata da união estável, e, especialmente, dos direitos sucessórios dos companheiros.

Assim, a decisão do STF veio contribuir, e muito, para a evolução dos direitos daqueles que vivem em união estável, trazendo a segurança jurídica almejada desde as primeiras manifestações judiciais sobre o tema. Entretanto, considerando a necessidade de adequação de inúmeras questões relativas à equiparação entre cônjuges e companheiros, a decisão do Supremo deixou algumas lacunas que precisam ser preenchidas.

Com a uniformização do direito sucessório no casamento e na união estável, aplicando-se o art. 1.829 do CC/2002 para ambos os institutos, surge a questão: e nos demais âmbitos do direito sucessório e de família, haverá igualação? Desse modo, o companheiro será considerado herdeiro necessário? Terá ele direito real de habitação? Aplica-se a ele o art. 1.830 do CC/2002?

No intuito de discutir essas e outras questões, o presente capítulo dissertará sobre as eventuais implicações da decisão do STF em alguns temas do direito sucessório e de família, não pretendendo esgotá-los ou apresentar respostas definitivas, e sim inspirar reflexões acerca das controvérsias.

3.1 O COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

O herdeiro necessário é aquele que tem direito a uma parcela da herança deixada pelo falecido, da qual não pode ser privado. Especificamente, essa porção se traduz pela metade do acervo hereditário, constituindo a legítima.

Desse modo, havendo herdeiros necessários, fica impedido o autor da herança de dispor, por ato de última vontade, dos bens que constituem a legítima. Por outro lado, a outra metade – calculada sobre a totalidade dos bens ao tempo do falecimento, deduzidas as dívidas e despesas do funeral - pode ser livremente testada¹¹⁷.

Acrescenta-se que o herdeiro necessário não é integralmente obrigatório, uma vez que pode ser afastado da sucessão pelo instituto da renúncia à herança, ou em razão de ação de indignidade ou deserdação¹¹⁸.

O herdeiro necessário, portanto, distingue-se do herdeiro facultativo exatamente no ponto em que o segundo pode ser afastado da sucessão pelo testamento. Importante ressaltar que ambos são herdeiros legítimos, ou seja, estão autorizados pela lei a suceder.

No Código Civil de 2002, os herdeiros necessários estão elencados no art. 1.845, sendo eles: o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge como herdeiro necessário foi uma novidade trazida pela legislação de 2002, isso porque o Código Civil de 1916 considerava apenas os sucessores em linha reta como herdeiros inafastáveis¹¹⁹.

Denota-se que o companheiro sobrevivente não apareceu em nenhuma das legislações supracitadas como herdeiro necessário. Ele também não se faz presente no art. 1.850 da atual legislação civil, que aborda os herdeiros facultativos. Subsiste, destarte, dúvida quanto à posição ocupada pelo companheiro sobrevivente: poderia ele ser considerado herdeiro necessário ao lado do cônjuge; ou resta-lhe o fardo de herdeiro facultativo?

Tal omissão legislativa vem sendo discutida e criticada há tempos, dividindo a doutrina, que ora manifesta-se pelo reconhecimento do convivente como herdeiro necessário, à imagem e semelhança do cônjuge; ora entende que sua posição se limita a de herdeiro facultativo.

Para a primeira corrente, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário em respeito aos ditames constitucionais que buscam a proteção plena da pessoa humana, devendo a família ser um espaço de enaltecimento pessoal, em que há o cumprimento dos direitos fundamentais mais básicos, com a valorização de todos os membros¹²⁰.

¹¹⁷ Cf. GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 232

¹¹⁸ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 451.

¹¹⁹ Cf. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva 2003, p. 124.

¹²⁰ Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho defende que não se poderia aplicar analogicamente o art. 1.850 do CC/2002, que apresenta os herdeiros facultativos, ao companheiro sobrevivente. Isso porque a interpretação analógica não deve ser utilizada para restringir direitos aos sujeitos, e sim para favorecê-los. Desse modo, prega pela aplicação analógica do art. 1.845 do CC/2002 à sucessão dos conviventes¹²¹.

Outros argumentos que sustentam a ideia do companheiro ser herdeiro necessário circundam às mudanças trazidas pelo Novo Código Civil, que retrocedeu em diversos aspectos ligados à sucessão do companheiro. Assim, se a legislação infraconstitucional anterior ao Código Civil de 2002 tratava igualmente a sucessão no casamento e na união estável, não elevando nem cônjuge e nem companheiro ao *status* de herdeiro necessário, a nova diferenciação viria de encontro ao princípio da vedação ao retrocesso¹²².

Também se faz presente a concepção de igualdade de proteção às famílias formadas pelo casamento e pela união estável, já que, conforme discutido, a Constituição e os demais princípios do direito de família não autorizam a formação de famílias de primeira e de segunda classe. Segundo Carvalho

[...] os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e solidariedade familiar e da igualdade formal e substancial entre pessoas ocupantes da mesma posição de destaque inegável no seio da família não permitem, com todas as vênias de quem pensa em contrário, a desigualdade ora abordada. Presume-se que tanto o cônjuge quanto o companheiro sobrevivente do agora falecido, ao lado deste, ficaram nas situações existenciais relevantes, como pilares no universo do núcleo familiar, merecendo, por conseguinte, o mesmo tratamento jurídico sucessório¹²³.

Nesse viés, parte da doutrina tentava dirimir a omissão legislativa considerando o companheiro como herdeiro especial ou *sui generis*, fundamentando-se no *caput* do art. 1.790 do CC/2002, em que o legislador afirma que o companheiro participará da sucessão do autor da herança quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim, o convivente seria herdeiro necessário sobre os bens comuns do casal¹²⁴.

¹²¹ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 455.

¹²² Cf. *Ibid.*, p. 455-456.

¹²³ *Ibid.*, p. 458.

¹²⁴ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

Portanto, para essa parte da doutrina, por ser o direito à herança inafastável e havendo uma reserva de fração expressa na lei para o companheiro, esse deve ser considerado herdeiro necessário especial ou *sui generis*, não podendo ser excluído por testamento deixado pelo autor da herança das quotas previstas no art. 1.790 do CC/2002¹²⁵.

Mesmo parte dos estudiosos tentando encontrar caminhos para melhorar a condição do companheiro sobrevivente, grande parcela da doutrina ainda o considera mero herdeiro facultativo¹²⁶, que pode ser excluído da sucessão assim como os parentes colaterais.

Para essa parcela, as justificativas utilizadas pautam-se nos próprios objetivos iniciais do legislador do Código Civil de 2002. De fato, o relatório final do projeto da então nova codificação civil, elaborado pelo deputado Ricardo Fiúza, demonstra certa preferência pelo instituto do casamento, sustentando a perpetuação de desigualdades entre cônjuges e companheiros¹²⁷. Do relatório extrai-se:

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura.

Nesse sentido, alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz, defendem que o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, participando da sucessão apenas na condição de sucessor regular¹²⁸. Orlando Gomes também segue esse entendimento, ressaltando que “Não tendo sido o companheiro erigido à categoria de herdeiro

¹²⁵ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 416.

¹²⁶ Cf. *Ibid.*, p. 455.

¹²⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 931, n. 102, p.117-155, 2013.

¹²⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 166.

necessário, pode o testador excluí-lo da sucessão, se desejar por disposição de última vontade (art. 1.845).”¹²⁹.

Outro argumento sustentado por aqueles que defendem que o companheiro sobrevivente não deve ser considerado herdeiro necessário é que deve ser respeitada a liberdade de escolha dos indivíduos pelas formas familiares que mais lhe agradem, sob pena de igualação do casamento e da união estável em todos os seus aspectos. Isso porque

A diferença hoje entre o casamento civil e a união estável restou fundamentalmente em que o cônjuge é herdeiro necessário e o companheiro não o é. Em que pese a polêmica discussão da igualdade entre essas duas formas de constituição de família, é muito saudável que tais diferenças permaneçam. Isto não significa a superioridade de uma sobre a outra. É exatamente esta diferenciação que dá a possibilidade de escolha ao casal de constituir uma família, sem que o cônjuge seja necessariamente herdeiro¹³⁰.

Guilherme Reinig concorda com o posicionamento exposto e acrescenta que é importante que exista uma forma de constituição familiar que conceda maior liberdade aos seus membros e autorize o afastamento do companheiro da sucessão hereditária. Especialmente devido às evoluções dos arranjos familiares, compostos por filhos de mais de uma união, “Pode ser de interesse de cada genitor assegurar que, em caso de morte, sua herança seja ao final destinada apenas aos seus descendentes, não correndo o risco de que seja “desviada” por via de seu consorte aos descendentes deste.”¹³¹.

Constata-se, assim, que nunca houve consenso sobre a posição na ordem de vocação hereditária do companheiro sobrevivente. Entretanto, quais seriam os impactos da decisão do STF que igualou a sucessão de cônjuges e companheiros nessa questão?

Inicialmente vislumbra-se que não mais pode ser conferido ao companheiro o *status* de herdeiro necessário especial ou *sui generis*. Isso pois o art. 1.790 do CC/2002, que justificava tal caracterização, foi considerado inconstitucional, sendo sua aplicação afastada do direito brasileiro.

¹²⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 257.

¹³⁰ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

¹³¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 931, n. 102, p.117-155, 2013.

No mais, denota-se que os motivos principais pelos quais se defende o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário são os mesmos que impuseram a igualação entre os direitos sucessórios na união estável e no casamento.

Desse modo, considerando a igualdade entre as famílias, não se pode sustentar que o cônjuge sobrevivente seja considerado herdeiro inafastável e o companheiro não. Isso porque, apesar de serem institutos diferentes, tal medida inferioriza a posição do convivente como parceiro do *de cujus*.

Apesar de ser intrínseca ao instituto da união estável a concessão de maiores liberdades ao casal, a defesa de tais liberdades não deve se sobrepor a direitos básicos do indivíduo, como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito a proteção à família, o direito à igualdade, o direito à herança, acrescentando-se, ainda, o princípio da solidariedade conjugal.

Assim, tendo o legislador civil atribuído ao cônjuge a condição de herdeiro necessário e havendo consenso no STF que a diferenciação entre a sucessão de cônjuges e companheiros era inconstitucional por ferir, entre outros, o princípio da isonomia, nada mais lógico do que concluir que o companheiro também deve ser considerado herdeiro necessário. Também entende assim Flávio Tartuce, que leciona que a decisão do STF tem o condão de incluir o companheiro sobrevivente no rol do art. 1.845 do CC/2002¹³².

Importante frisar que a legislação anterior ao Código Civil de 2002 concedia um tratamento muito mais adequado ao direito sucessório na união estável, igualando a condição entre cônjuges e companheiros, de modo que não considerava nenhum deles herdeiros necessários. Contudo, a ideia crescente de maior proteção aos membros familiares mais próximos, pautada no princípio da afetividade, alterou a percepção do legislador de 2002, que incluiu o cônjuge como herdeiro necessário.

Se a intenção era proteger o cônjuge como parceiro do autor da herança, ou seja, como aquele que convive mais proximamente a ele durante toda ou boa parte da vida, nada mais justo do que considerar o companheiro detentor dos mesmos direitos, já que ambos representam o mesmo papel dentro da unidade familiar.

Ressalta-se, assim, que considerar o companheiro sobrevivente herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, é a medida que mais se amolda ao posicionamento adotado pelo Supremo

¹³² Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 298.

Tribunal Federal. Entretanto, deve-se registrar que o posicionamento adotado carece de amadurecimento, aguardando futuros debates nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência.

3.2. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO APLICADO AO COMPANHEIRO

O direito real de habitação, na atual codificação, está positivado no art. 1.831 do Código Civil de 2002¹³³, o qual dispõe:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Denota-se que o objetivo de tal norma foi proteger o cônjuge supérstite, de modo que eventual partilha não o impossibilite de morar com a mesma dignidade que o fazia antes do falecimento de seu consorte¹³⁴. Assim, o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens que se submetia o casal, terá o seu direito de moradia assegurado, sem a necessidade de pagamento de qualquer quantia aos demais herdeiros.

Tal direito de origem sucessória não se confunde com a propriedade do bem. Isso porque a propriedade será concedida ao herdeiro legítimo ou testamentário de direito, mantendo-se, entretanto, a restrição do direito real de habitação em favor do cônjuge¹³⁵. No mais, decorrendo tal direito de disposição expressa da lei, não há necessidade sequer de registrá-lo junto ao Registro de Imóveis para fins de reconhecimento jurídico¹³⁶.

Quanto à concessão do direito real de habitação em favor daqueles que viviam em união estável, vigorava o art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996¹³⁷, que dispunha: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”.

¹³³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10.04.2017

¹³⁴ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 2096.

¹³⁵ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 221.

¹³⁶ Cf. Ibid., p. 226.

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 11/04/2017.

Entretanto, a Codificação Civil de 2002, ao tratar dos direitos sucessórios dos companheiros em seu art. 1.790, não fez qualquer menção ao direito real de habitação, causando, desde logo, atordoamentos doutrinários.

Assim, duas correntes abriram-se: aqueles que sustentavam a persistência do direito real de habitação por ausência de revogação expressa do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96 *versus* aqueles que defendiam que a supracitada norma teria sido revogada pelo Código Civil de 2002.

Partidários da primeira corrente, Ana Luiza Nevares e Gustavo Tepedino propuseram o seguinte enunciado na I Jornada de Direito Civil, o qual foi aprovado pelo número 117: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”¹³⁸.

Algumas das razões pelas quais se defende a não revogação da norma disposta no parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 relacionam-se, primeiramente, com o fato de as disposições transitórias do Código Civil de 2002 afirmarem apenas sobre a revogação do Código Civil de 1916, silenciando-se sobre as legislações extravagantes. Também é de se ressaltar que a concessão do direito real de habitação ao companheiro não colide com as normas que disciplinam a união estável no Código Civil de 2002¹³⁹.

Maria Berenice Dias, além de concordar que não houve a revogação do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96, defende que a própria Constituição autorizaria a concessão do direito real de habitação em favor do companheiro. Isso pois, estando o casamento e a união estável submetidos igualmente à proteção do Estado (art. 226, §3º da CF), qualquer tratamento diferenciado em sede infraconstitucional não se justificaria¹⁴⁰.

Adepto da segunda corrente, que acredita que o Código Civil de 2002 teria revogado o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96, Zeno Veloso leciona que a ausência de concessão do direito real de habitação em favor do companheiro não se trata de mero esquecimento do legislador, muito pelo contrário, trata-se de uma exclusão de direitos proposita, seguindo o

¹³⁸ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162

¹³⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 438.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

espírito da nova legislação ¹⁴¹. Guilherme Reinig concorda com o posicionamento, acrescentando que o legislador de 2002 teve a intenção de conferir maiores direitos ao cônjuge, em detrimento do companheiro, sendo tal afirmação confirmada pela própria localização do art. 1.790 no CC/2002 e pelo histórico da aprovação da Codificação Civil ¹⁴².

A corrente que defende a revogação do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96, por sua vez, se subdivide entre aqueles que acreditam que o direito real de habitação, mesmo não conferido expressamente, deve ser aplicado aos companheiros através da utilização das garantias constitucionais e da interpretação analógica ao art. 1.831 do CC/2002, como Zeno Veloso; e entre aqueles que defendem a inexistência de direito real de habitação em favor do companheiro, alegando a revogação tácita de todos os comandos materiais que não foram associados pelo Código Civil de 2002, como Flávio Augusto Monteiro de Barros ¹⁴³.

Felizmente, a última corrente apresentada se mostra minoritária, tanto no âmbito doutrinário, quanto no jurisprudencial ¹⁴⁴. Desse modo, considerando superada a noção de que o companheiro sobrevivente não teria direito real de habitação, em respeito às próprias garantias constitucionais, cumpre analisar quais são os reflexos da decisão do STF na concessão de tal direito em favor dos companheiros. Assim, qual seria o fundamento jurídico para a aplicação do direito real de habitação do companheiro? O parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 ou o art. 1.831 do CC/2002?

Importante salientar que as normas supracitadas concedem o direito real de habitação de formas diferentes. O art. 1.831 do CC/2002 restringe a concessão do direito real de habitação apenas na hipótese de o imóvel destinado à residência do casal ser o único daquela natureza a ser inventariado. O parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96, entretanto, não traz tal ressalva. Desse modo, depreende-se que o tratamento conferido pela Lei 9.278/96 ao companheiro sobrevivente seria mais favorável, já que concede o direito real de habitação independentemente da existência de outros imóveis em nome do *de cujus*.

¹⁴¹ Cf. VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

¹⁴² Cf. REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 931, n. 102, p.117-155, 2013.

¹⁴³ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 273.

¹⁴⁴ Cf. Ibid., p. 274.

Tal diferenciação, contudo, não merece prosperar pelos mesmos motivos que embasam as críticas ao art. 1.790 do atual Código Civil. Nas palavras de Zeno Veloso:

O que não se pode admitir é um tratamento absurdamente desigual sobre o mesmo tema a respeito de semelhante assunto, conforme se trate de família matrimonializada ou de família constituída pela união estável, conferindo vantagem ao companheiro sem o correspondente proveito ao cônjuge e quebrando a harmonia do sistema. Afinal, casamento e união estável são entidades familiares, de idêntica altura, de igual importância e com a mesma dignidade¹⁴⁵.

Assim, deve-se buscar uma solução que atenda aos ditames constitucionais, entre eles o de proteção a todas as entidades familiares, conforme sustentado pela própria decisão do Supremo Tribunal Federal, que igualou a sucessão entre cônjuges e companheiros.

Poder-se-ia sustentar a aplicação do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 para a concessão do direito real de habitação para o companheiro e, conseqüentemente, realizar uma interpretação teleológica do art. 1.831 do CC/2002, retirando a restrição imposta pelo referido artigo; ou, por outro lado, utilizar-se-ia o art. 1.831 do CC/2002 para disciplinar o direito real de habitação dos cônjuges e dos companheiros, estendendo a ressalva da unicidade do imóvel a ser inventariado também para o companheiro¹⁴⁶.

Na tentativa de responder a questão apresentada, pautando-se na decisão do STF, parece mais seguro aplicar o art. 1.831 do atual Código Civil também para o companheiro. Isso porque, primeiramente, entende-se que o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 foi revogado pelo Código Civil de 2002. Apesar de tal revogação não se mostrar expressa, denota-se que a concessão do direito real de habitação para o companheiro de forma mais abrangente que para o cônjuge não encontra respaldo na legislação civil, que claramente expôs sua preferência pelo instituto do matrimônio.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu dessa maneira, concedendo o direito real de habitação ao companheiro fundamentando-se na Constituição Federal de 1988, com a conseqüente aplicação analógica do art. 1.831 do CC/2002 ao companheiro sobrevivente. Segue a ementa do julgado:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.

¹⁴⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

¹⁴⁶ Cf. Ibid., p. 163.

ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso. 6. Recurso especial não provido. (Grifou-se)¹⁴⁷.

Ressalta-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, decidindo pela aplicação do art. 1.829 da referida legislação, que trata da sucessão do cônjuge, também para os companheiros. Poderia a Corte Suprema, por outro lado, ter reconhecido a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, mas ter se filiado ao entendimento de que, a partir de então, voltariam a ser aplicadas as disposições das Leis 8.971/94 e 9.278/96, que regulavam a sucessão do companheiro antes do Código Civil de 2002.

Assim, havendo o STF optado pela aplicação da atual Codificação Civil, parece que, no que tange à concessão do direito real de habitação aos companheiros, o que vai ao encontro do seu posicionamento seria a utilização do art. 1.831 do CC/2002 em favor do companheiro sobrevivente.

¹⁴⁷ STJ, 4ª Turma, REsp 1329993/RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 17/12/2013.

Flávio Tartuce, ao analisar o voto do Ministro Barroso, entendeu também pela aplicação do art. 1.831 do CC/2002 aos companheiros, ressaltando, entretanto, a importância de aguardar futuros debates nos Tribunais e na doutrina¹⁴⁸.

3.3 O ART. 1.830 DO CC/2002 E SUA APLICABILIDADE PARA CÔNJUGES E COMPANHEIROS SOBREVIVENTES

A legitimidade do cônjuge supérstite para participar da sucessão do *de cujus* possui limitações, e uma delas é demarcada pelo art. 1.830 do Código Civil de 2002¹⁴⁹, que dispõe:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Assim, depreende-se que o legislador conferiu a capacidade sucessória ao cônjuge, partindo de três premissas. A primeira relaciona-se com a natureza jurídica do casamento: o cônjuge herdará se o casal não estiver separado judicialmente. A segunda associa-se com um fator temporal: o cônjuge herdará se não estiver separado de fato do *de cujus* há mais de dois anos. Já a terceira diz respeito a um fenômeno subjetivo: o cônjuge herdará se, havendo separação de fato há mais de dois anos, essa não ter ocorrido por culpa do cônjuge sobrevivente¹⁵⁰.

Em relação à legitimidade de herdar conferida ao companheiro sobrevivente, não há dispositivo semelhante na Codificação Civil de 2002. Assim, a doutrina entende que para ser reconhecida a sua condição de herdeiro, faz-se necessário que o convívio tenha perdurado até o falecimento de um dos conviventes. Desse modo, denota-se que, ao contrário do que é previsto para os cônjuges, no momento em que se dissolve a união estável, cessa o direito hereditário entre os companheiros¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 277.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10.04.2017

¹⁵⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 2096.

¹⁵¹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

Conforme os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, caso os companheiros estivessem separados de fato ao tempo do falecimento de um deles, mesmo que por motivos alheios a seus anseios, o direito à herança não mais existiria:

Será irrelevante, todavia, o fato de os companheiros se acharem separados por motivos estranhos à vontade de ambos, como no caso (na prática, não de todo raro) em que parentes do de cuius o tenham removido de sua residência habitual, aproveitando-se de moléstia grave (ou de outra situação que o fragilize) e com o malicioso propósito de descaracterizar a união estável¹⁵².

Destarte, denota-se uma enorme diferença quando se fala em análise da legitimidade de cônjuges e companheiros para ocupar o posto de herdeiro, quando da abertura da sucessão. Cumpre analisar, então, se tal distinção é válida e deve ser levada adiante, considerando a decisão do STF no RE nº 878.694/MG.

Antes mesmo de entrar no cerne da questão referente à desigualdade entre cônjuges e companheiros acima apontada, a doutrina já tecia críticas ao art. 1.830 do Código Civil de 2002. Maria Berenice Dias defende que admitir que o cônjuge sobrevivente participe da herança do *de cuius* mesmo após a separação de fato seria perpetuar os efeitos do matrimônio para além de seu fim, o que geraria, inclusive, o enriquecimento sem causa do consorte sobrevivente¹⁵³.

O entendimento da nobre doutrinadora merece guarida. Isso porque a aplicação do art. 1.830 do CC/2002 da maneira que está escrito afronta um dos princípios básicos do direito de família constitucionalizado – a afetividade, além de resultar em inúmeras incongruências, visto que possibilita a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes.

O art. 1.723, §1º do CC/2002 autoriza que uma pessoa casada, que esteja separada de fato, mas não necessariamente divorciada, constitua união estável, sem que isso seja considerado um impedimento legal. Assim, caso tal fato se materialize, passará a vigorar um regime de bens que, na ausência de contrato de convivência, será o da comunhão parcial.

Denota-se, assim, que a separação de fato induz os seguintes efeitos jurídicos: a extinção dos deveres conjugais e a interrupção do regime matrimonial dos bens adquiridos a

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 140.

¹⁵³ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

partir do momento da separação¹⁵⁴. Considerando a disposição do art. 1.830 do CC/2002, que autoriza o cônjuge a participar da sucessão mesmo separado de fato há menos de dois anos do *de cujus*, indaga-se: e se o falecido, nesse lapso temporal, já tivesse constituído união estável? Parece ser injusto conferir direito sucessório ao ex-cônjuge em detrimento do atual companheiro.

A doutrina aponta para inúmeras resoluções, dentre elas a divisão da herança em dois montes, o primeiro contendo os bens adquiridos na constância fática do casamento, sobre o qual apenas o cônjuge teria direitos sucessórios; o segundo contendo os bens adquiridos na constância da união estável, sobre o qual apenas o companheiro participaria como herdeiro¹⁵⁵. Entretanto, essa não parece ser a solução que mais se alinha com os ditames constitucionais e com o objetivo do direito sucessório em geral.

Entende-se, assim, que finalizada a vida em comum no âmbito do matrimônio, extinguem-se também os direitos sucessórios. Desse modo, constituindo o falecido nova união – uma união estável – e preservada a meação do ex-cônjuge, nos termos da lei, a sucessão deverá ser deferida integralmente ao atual companheiro. Isso porque o próprio objetivo do direito sucessório é a proteção das pessoas mais próximas do falecido, de sua família afetiva. Havendo a separação de fato, rompe-se a *affectio maritalis*, ou seja, a afeição e o objetivo de permanência do casal¹⁵⁶, sendo incabível se falar em concessão de direitos sucessórios após o rompimento fático.

O mesmo raciocínio é aplicado para a hipótese trazida pela parte final do art. 1.830 do CC/2002, que confere direitos sucessórios ao cônjuge separado de fato há mais de dois anos, caso comprovado que a culpa da separação não foi do consorte sobrevivente. Além de não exigir qualquer período temporal para a separação de fato, tornando ainda mais absurda a concessão do direito hereditário ao cônjuge sobrevivente, já que ele efetivamente não fazia mais parte do conjunto familiar do *de cujus*, a lei exige a comprovação do ultrapassado instituto da culpa no direito de família.

Além da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 ter extinguido a figura da separação judicial, esvaindo, do mesmo modo, as discussões acerca da culpa imputada aos consortes¹⁵⁷,

¹⁵⁴ Cf. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123.

¹⁵⁵ Cf. PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 146.

¹⁵⁶ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 360.

¹⁵⁷ Cf. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124.

ressalta-se que a produção de prova para imputar a culpa da separação de fato ao cônjuge falecido, mostra-se avessa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sobre o tema, leciona Paulo Lôbo:

A imputação da culpa do falecido pela separação de fato viola um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é o da garantia de contraditório e de ampla defesa a qualquer acusado ou litigante (art. 5º, LV, da Constituição); o falecido não pode exercê-los nem contraditar a acusação de culpa. [...] Em circunstâncias que tais, apenas o ex-cônjuge sobrevivente tem voz e direito de lançar as provas que entender, inclusive para atribuir ao morto a culpa exclusiva, quando tiver ocorrido culpa concorrente, que impede a imputação individual de culpa. Resulta a norma em sanção ao ex-cônjuge falecido em favor do sobrevivente. O direito das sucessões não é meio de punição, mas de transmissão de bens.¹⁵⁸

Constata-se, assim, que muito além de conferir um tratamento desigual para cônjuges e companheiros sobreviventes, o art. 1.830 do CC/2002 mostra-se obsoleto quando inserido em uma visão constitucional do direito de família, considerando os princípios da afetividade, da isonomia entre os formatos familiares e da instituição do divórcio.

Assim, no intuito de perseguir a igualdade entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, afirmada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, e sopesando que não há como aplicar o art. 1.830 do CC/2002 para aqueles que vivem em união estável, devido a sua obsolescência, propõe-se uma diferente leitura do dispositivo.

Desse modo, quando se fala em legitimidade para participar da sucessão, sugere-se a aplicação do tratamento conferido ao companheiro também para o cônjuge, conforme aconselha Luiz Paulo Vieira de Carvalho quando propõe uma modificação no teor do disposto no art. 1.830 do CC/2002 para fazer constar que “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato de modo inequívoco”¹⁵⁹.

3.4 A OUTORGA CONVIVENCIAL, O §3º DO ART. 73 DO NOVO CPC E A QUESTÃO DA PUBLICIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124.

¹⁵⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 364.

Abandonando especificamente o campo do direito sucessório, interessante é apresentar a discussão sobre a necessidade da outorga convivencial para a disposição de bens à luz do novo Código de Processo Civil e da decisão do STF que aproximou os direitos de cônjuges e companheiros.

O imbróglio já movimentava a doutrina e a jurisprudência, que discutiam se as hipóteses de outorga conjugal, trazidas pelo art. 1.647 do CC/2002¹⁶⁰ aplicar-se-iam também aos companheiros. O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, trouxe importante disposição sobre o tema, que, entretanto, não parece ser capaz de cessar as controvérsias pré-estabelecidas.

A novidade trazida diz respeito à inclusão do parágrafo 3º ao art. 73 da referida Codificação¹⁶¹, conforme nota-se:

Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:

I - que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;

II - resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;

III - fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família;

IV - que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composses ou de ato por ambos praticado.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.
(Grifou-se).

Assim, conclui-se que a outorga do companheiro passa a ser exigida no caso do inciso II do art. 1.647 do CC/2002, qual seja: pleitear, como autor ou réu, acerca de bens ou direitos relativos a imóveis. Entretanto, cumpre questionar: e nas demais hipóteses do art. 1.647 do CC/2002, será necessária a outorga convivencial?

¹⁶⁰ Art. 1.647 do Código Civil de 2002: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.”.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 10.04.2017.

Inicialmente, cumpre demonstrar qual é o sentido e quais são as repercussões da outorga conjugal, estabelecida pelo art. 1.647 do CC/2002. A referida norma dispõe sobre a legitimidade do cônjuge para exercer determinados atos jurídicos, exigindo a concordância do outro consorte, por meio de autorização, para que o ato seja considerado válido. Depreende-se, assim, que o instituto se assenta no plano da validade, sendo que eventual ausência de outorga conjugal resultará na anulabilidade do ato¹⁶².

O objetivo da norma, então, seria preservar o patrimônio familiar, fazendo com que, em casamentos que o regime não seja o da separação absoluta de bens, o consorte tenha que autorizar eventual alienação ou gravame de ônus real sobre imóveis, já que, ocasionalmente, tal disposição de bens poderia lesar um dos cônjuges¹⁶³.

Já quanto à necessidade de outorga convivencial nas hipóteses que extrapolam o inciso II do art. 1.647 do CC/2002, registra-se que, mais uma vez, os posicionamentos doutrinários são diversos.

Para uma primeira parcela da doutrina, faz-se necessária a outorga convivencial em razão do regime de bens imposto à união estável: a comunhão parcial de bens. Regina Beatriz da Silva defende que, quando o art. 1.725 do CC/2002 dispõe que se aplicarão às relações patrimoniais dos companheiros o regime da comunhão parcial de bens, deverão ser estendidas aos conviventes as regras que tratam sobre os regimes patrimoniais de bens entre os cônjuges, tanto o que consta nas disposições especiais, (arts. 1.658 a 1.666), quanto nas gerais (arts. 1.639 a 1.657)¹⁶⁴. Ela acrescenta que, quanto às disposições gerais, destaca-se “a proibição de alienação de bem imóvel sem o consentimento do consorte, a não ser que seja escolhido o regime de bens da separação absoluta (art. 1.647), sob pena de anulação do ato praticado (art. 1.649)”¹⁶⁵, a qual deve ser igualmente aplicada aos companheiros.

Paulo Lôbo também se filia ao entendimento acima exposto, destacando que, mesmo que o Código Civil só faça referência aos cônjuges, a regra deve ser estendida aos

¹⁶² Cf. TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material:** primeira parte. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 12/04/2017.

¹⁶³ Cf. SILVA, Regina Beatriz da (Org.). **Código Civil comentado**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1609.

¹⁶⁴ Cf. Ibid., p. 1708.

¹⁶⁵ Ibid., p. 1708.

companheiros “até porque a estes se aplica o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito (art. 1.725 do Código Civil).”¹⁶⁶.

Por outro lado, há quem entenda que a outorga só poderia ser exigida daqueles que são casados, como Flávio Tartuce. Primeiramente porque o art. 1.647 do CC/2002 trata de norma que restringe direitos, não comportando interpretação extensiva ou analógica¹⁶⁷. Ressalta-se que a modificação trazida pelo Novo CPC exige a outorga convivencial na hipótese do inciso II do referido artigo, entretanto, o entendimento exposto aplicar-se-ia para os demais incisos, em que a lei é silente. No mais, outro argumento utilizado pauta-se na distinção entre os institutos do casamento e da união estável, defendendo que um tratamento diferenciado para ambos é necessário e que não se devem estender, deliberadamente, todas as disposições referentes aos cônjuges para os companheiros¹⁶⁸.

Analizando as duas correntes expostas e confrontando-as com a igualdade entre as entidades familiares consagrada na Constituição, com a decisão do STF que inadmitiu a diferenciação injustificada no direito sucessório de cônjuges e companheiros e com as disposições do Novo Código de Processo Civil, conclui-se pela adoção à primeira corrente doutrinária apresentada.

Isso porque se entende que o objetivo da norma que estabeleceu a outorga conjugal não foi proteger, pura e simplesmente, o cônjuge, e sim o detentor de parte do patrimônio que pode vir a ser disposto sem o seu consentimento. Assim, a norma descrita no art. 1.647 do CC/2002 deve ser aplicada a todos os regimes de bens, exceto o da separação absoluta, independentemente se o casal está vinculado ao instituto do casamento ou da união estável.

Imagine-se o caso em que um dos companheiros, que vive sob o regime da comunhão parcial de bens, proceda com a venda de um imóvel que integra os bens comuns do casal, sem o consentimento do outro. Tal fato lesaria os direitos do convivente que não concedeu a autorização. Entretanto, ressalta-se que se o mesmo casal fosse casado, a outorga seria exigida, o que leva a conclusão de um tratamento inferiorizado em relação àqueles que vivem

¹⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 331-332.

¹⁶⁷ Cf. TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material**: segunda parte. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI221099,71043-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 13/04/2017.

¹⁶⁸ Cf. Ibid.

em união estável, o que não pode ser admitido diante de toda argumentação trazida nesta Monografia.

Contudo, é de se destacar que a questão não é resolvida tão facilmente devido à informalidade inerente à união estável. Sendo tal união decorrente de um fato social e independente de qualquer registro formal, ao contrário do casamento, surge o questionamento: como saber se a pessoa com quem se realiza um negócio jurídico vive em união estável?

Apesar de não ser a intenção da presente discussão exaurir o tema e apresentar uma resposta definitiva, parece que uma boa solução seria dar publicidade ao instituto da união estável nas matrículas dos imóveis pertencentes ao casal, no intuito de proteger os direitos de propriedade do convivente que não figura como titular do imóvel e de terceiros adquirentes¹⁶⁹.

O próprio STJ já se manifestou nesse sentido¹⁷⁰, dando uma terceira interpretação à questão da outorga convivencial anteriormente apresentada. A Corte Superior entendeu que, em respeito à segurança jurídica daqueles que adquirem um imóvel de boa-fé de pessoa que vive em união estável, não havendo averbação no Registro de Imóveis do contrato de convivência ou da decisão que reconheceu a união estável, presume-se a boa fé do terceiro adquirente. Sintetizando: considerou-se a publicidade da união estável como parâmetro para reconhecer a invalidade de alienação de imóvel comum fundada na ausência de outorga convivencial.

Denota-se, daí, uma possível tendência de efetivação de medidas que facilitem e orientem o registro da união estável junto ao Registro de Imóveis, alinhando os direitos dos companheiros e dos terceiros adquirentes aos princípios registrais, especialmente aos da segurança jurídica e da fé pública¹⁷¹.

Depreende-se, portanto, que inúmeros são os campos de discussão quando se fala em tratamentos desiguais entre cônjuges e companheiros. A lei, muitas vezes, mostra-se omissa e até mesmo ultrapassada e em desacordo com os ditames constitucionais quando deixa de mencionar o convivente ao lado do consorte em seus dispositivos. Assim, fazem-se

¹⁶⁹ Cf. LA FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registrais**. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 69.

¹⁷⁰ STJ, 3ª Turma, REsp 1424275/MT, Relator. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, data de julgamento: 04/12/2014.

¹⁷¹ Cf. LA FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registrais**. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 87.

necessárias as discussões travadas pela doutrina e pela jurisprudência, que buscam travar eventuais injustiças ocorridas em casos concretos.

Os tópicos mencionados neste terceiro capítulo são apenas exemplos de algumas das situações em que o companheiro é esquecido ou preterido pela lei, situações essas que, com o advento da decisão que igualou a sucessão na união estável e no casamento, devem ser discutidas e rediscutidas através de um filtro constitucional.

CONCLUSÃO

A união estável, sendo considerada uma união livre entre pessoas, sempre existiu, podendo ser considerada um dos arranjos familiares mais antigos da humanidade. Entretanto, seu reconhecimento como entidade familiar demorou a acontecer por uma série de razões. Entre elas, está o caráter preconceituoso que lhe era atribuído. Isso porque a união livre era associada ao chamado “concubinato impuro”, ou seja, a união entre pessoas impedidas de se casarem.

Estigmatizada também como sinônimo de união adulterina, a união estável passou por percalços e viu seus direitos serem reconhecidos após transformações sociais, como a inserção da mulher no mercado de trabalho e a consequente diminuição da família, que passou a contar com um menor número de filhos.

A diminuição do núcleo familiar foi essencial para que seus membros se aproximassem. Assim, a prole, que era tratada como mão de obra familiar, e submetida às relações de poder do pai, passou a ocupar diferente posição dentro da família, conectando-se aos demais membros pelo afeto.

Como se viu, a afetividade transformou o direito de família até então existente no Brasil. O casamento, antes considerado como a única união familiar passível de aceitação social e legal, não era mais capaz de abarcar os anseios de uma nova sociedade que se formava a partir das transformações sociais.

Assim, a união estável passou a ganhar forma e a exigir uma resposta do direito. A jurisprudência, então, começou a agir, concedendo direitos para aquele formato familiar que sequer era citado nas legislações. Entretanto, a necessidade de um tratamento legal e humano à entidade somente se concretizou com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Carta Maior foi enfática: a união estável estaria, a partir de então, reconhecida e protegida pelo Estado através de disposição expressa do seu art. 226, §3º. Além dela e do casamento, que já era reconhecido pelas legislações anteriores, outros formatos familiares receberam a guarida do Estado e foram considerados como entidades familiares pelo mesmo art. 226, parágrafos 3º e 4º, que revela um rol exemplificativo.

Leis posteriores vieram finalmente resolver o problema de falta de positivação das regras referentes à união estável. Primeiro a Lei 8.971/1994 e depois a Lei 9.278/1996 concretizaram os avanços almejados durante muitos anos pelos companheiros.

Disposições referentes aos requisitos para a formação da união estável; aos direitos e deveres dos companheiros; à concessão de direitos sucessórios e à concessão de direito real de habitação foram finalmente positivadas, parecendo estarem resolvidos os problemas para aqueles que viviam em união estável.

Entretanto, o Código Civil de 2002 trouxe mudanças drásticas, retirando ou omitindo-se sobre direitos previamente conquistados pelos companheiros. A nova Codificação não teve medo de revelar sua preferência pelo instituto do casamento e mostrou claramente que suas disposições, ou a maioria delas, foram pensadas anteriormente à Constituição Federal de 1988.

Durante os mais de 14 anos de vigência do Código Civil, com certeza o dispositivo mais criticado quando se pensa em união estável foi o art. 1.790. Isso porque o referido artigo acarretou a retrocessão de direitos sucessórios previamente assegurados. O companheiro, que antes possuía um tratamento igual ao do cônjuge sobrevivente, viu-se preterido pelos colaterais do falecido, ocupando o último lugar da sucessão hereditária.

Debulharam-se as críticas e grande parte da doutrina passou a defender a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Não poderia a Constituição autorizar tamanha discriminação a uma entidade expressamente reconhecida e protegida pelo seu texto. Nesse viés, os Tribunais Estaduais começaram a se manifestar, tentando preencher vazios e incongruências trazidas pela legislação de 2002.

Muitos Tribunais reconheceram a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. Alguns manifestarem-se pela inconstitucionalidade de um de seus incisos, o inciso III, e outros consideraram inexistente a tese de afronta à Constituição. Era evidente a indefinição e a ausência de qualquer segurança jurídica sobre o tema, fazendo-se necessária a manifestação de um Tribunal Superior.

Foi nesse contexto que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/ MG pelo Supremo Tribunal Federal veio como um divisor de águas para aqueles que se vinculam ao instituto da união estável e para toda a comunidade jurídica. A tão aguardada decisão reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, resolvendo pela aplicação do art. 1.829 da mesma Codificação, que trata da sucessão dos cônjuges, também para os companheiros.

A consideração contida na decisão de que a Constituição não autoriza uma hierarquização entre os formatos familiares merece ser lembrada. Assim, união estável, casamento e todas as outras entidades familiares merecem o mesmo respeito pela sociedade e pela lei. Os princípios da vedação ao retrocesso e da isonomia e a grande garantia constitucional da dignidade da pessoa humana também fundamentaram a aclamada decisão.

Entretanto, constatou-se que a decisão proferida pelo STF não foi capaz de elucidar algumas questões que já eram polêmicas: o companheiro é herdeiro necessário? Qual o fundamento para a concessão do direito real de habitação ao companheiro? Como se dá a aplicabilidade do art. 1.830 do CC/2002 a cônjuges e companheiros? E a questão da outorga convivencial?

Todas essas questões que movimentavam a doutrina não foram abordadas expressamente pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, a presente monografia buscou apresentá-las e discuti-las, à luz da referida decisão.

Muito longe de oferecer respostas definitivas, foram demonstrados diversos posicionamentos doutrinários que se confrontavam, e, ao final de cada tópico, buscou-se apresentar uma solução satisfatória que fosse ao encontro da decisão do STF, objetivando sustentar a segurança jurídica alcançada e por muito tempo esperada.

Entendeu-se que o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, assim como o cônjuge, por ocuparem a mesma posição na entidade familiar: a de parceiro do falecido. Assim, havendo o Código Civil decidido elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, objetivando a proteção desse membro familiar tão importante para o *de cujus*, outro raciocínio em relação ao companheiro não seria admissível. Isso porque o próprio posicionamento do STF, aqui estudado, conduz a essa conclusão, já que propôs a equiparação entre os direitos dos cônjuges e dos companheiros, utilizando, entre outros argumentos, o de inexistência de hierarquização entre os formatos familiares.

Quanto ao direito real de habitação aplicado aos companheiros, a dúvida pairava sobre qual seria o fundamento jurídico que justificaria a sua concessão, o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 ou o art. 1.831 do CC/2002? Constatou-se que a decisão do STF decidiu por declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, aplicando à sucessão dos companheiros o art. 1.829 do CC/2002. Vislumbra-se, assim, que não houve intenção dos julgadores em voltar a utilizar as disposições das legislações anteriores ao Código Civil, por acreditar que essas tenham sido revogadas pela legislação de 2002. Concluiu-se, então, pela

utilização do art. 1.831 do CC/2002 também no que concerne à concessão do direito real de habitação em favor do companheiro.

Já o art. 1.830 do CC/2002 trata-se de norma que dispõe sobre a legitimidade do cônjuge supérstite para participar da sucessão do *de cujus*, autorizando sua participação, ainda que separado de fato há menos de dois anos ou há mais de dois anos, se a separação não se deu por culpa sua. Analisou-se, assim, a aplicação do dispositivo também para os companheiros, chegando à conclusão de que a referida disposição resta ultrapassada, não devendo ser aplicado para nenhum dos casos.

Por fim, a questão da outorga convivencial, há tempos discutida pela doutrina e pela jurisprudência, recebeu novo tratamento diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, e, especificamente, de seu art. 73, §3º, o qual passou a exigir a outorga do companheiro no caso do inciso II do art. 1.647 do CC/2002. Refletindo se nos demais casos expostos no art. 1.647 também deveriam ser exigidas a outorga convivencial, concluiu-se que sim, tanto pela nova tendência apresentada pelo CPC/2015, quanto pela própria decisão do STF que propôs a igualdade de direitos para cônjuges e companheiros.

Entretanto, apesar das conclusões expostas, deve ser considerado que pela recentidade da decisão do Supremo, as questões suscitadas carecem de maiores debates pela doutrina e pela jurisprudência, que irão, cada vez mais, aprofundar-se nos temas e nos casos concretos para então sugerirem as melhores soluções.

O que não se pode admitir, todavia, é uma nova retrocessão de direitos em desfavor daqueles que vivem em união estável. Após tantos desafios enfrentados e tantas barreiras transpostas, é essencial que os direitos conferidos aos companheiros que se mostram omissos ou em dissonância com a atual realidade sejam interpretados conforme os ditames de um direito civil constitucionalizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 11/04/2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10.04.2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10.04.2017.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 11/04/2017.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 11/04/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 380. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 10/04/2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 28º edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25º edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODOY, Priscilla Yamamoto Rodrigues de Camargo. **Direito real de habitação ao companheiro sobrevivente**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33430/direito-real-de-habitacao-ao-companheiro-sobrevivente>>. Acesso em: 01/05/2017.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias paralelas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67983/70840>>. Acesso em 04.04.2017

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LA FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registrais**. São Paulo: Baraúna, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões**: comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro**: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 931, n. 102, p.117-155, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Regina Beatriz da (Org.). **Código Civil comentado**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: da necessidade urgente de o STF encerrar o julgamento**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI249728,91041-A+inconstitucionalidade+do+art+1790+do+CC+Da+necessidade+urgente+de+o>>. Acesso em: 19/04/2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material: primeira parte**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 12/04/2017.

TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material: segunda parte**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI221099,71043-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 13/04/2017.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 12/04/2017.

TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no código civil e seus graves problemas: a necessidade imediata de uma reforma legislativa**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046-O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+conjugue+e+do+companheiro+no>>. Acesso em: 18/04/2017.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.